

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA NOS CRIMES PASSIONAIS

CLÉBER GOMES RIBEIRO

RIO DE JANEIRO

2008

CLÉBER GOMES RIBEIRO

LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA NOS CRIMES PASSIONAIS

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Mestre em Direito Político e Doutor em Educação
Nilo César Martins Pompílio da Hora

RIO DE JANEIRO

2008

Ribeiro, Cléber Gomes.

A Legítima defesa da honra nos crimes passionais / Cléber Gomes
Ribeiro. – 2008.
68 f.

Orientador: Nilo César Martins Pompílio da Hora

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 67-68.

1. Legítima defesa – Monografias. 2. Legítima defesa da honra nos crimes passionais. I. Da Hora, Nilo César Martins Pompílio. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

CLÉBER GOMES RIBEIRO

LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA NOS CRIMES PASSIONAIS

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data da aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Nilo César Martins Pompílio da Hora – Presidente da Banca Examinadora
Prof. Mestre em Direito Político e Dr. em Educação – UFRJ – Orientador

Dedico este trabalho a Deus, à minha esposa Elizabeth, à memória de meu pai Isac, e à minha mãe Luzia pelo incentivo e carinho.

“Antes de se pôr a caminho é preciso saber aonde se quer chegar e os caminhos que se deve trilhar”.

Maximilien de Robespierre

RESUMO

RIBEIRO, C. G. *A legítima defesa nos crimes passionais*. 2008. 68 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

A presente monografia realiza uma reflexão sobre o Instituto da Legítima Defesa e a sua relação com o Crime Passional. Para melhor compreensão do tema, o primeiro capítulo dedica-se a uma pequena introdução sobre a eximente. Na segunda e na terceira parte trata-se dos aspectos históricos mais importantes da discriminante, bem como da sua evolução dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Na quarta e quinta parte, estuda-se os aspectos gerais da legítima defesa, como a sua natureza jurídica, seu conceito, seu fundamento, seus requisitos legais e suas espécies. A sexta parte, destina-se a apresentar o conceito de honra e a sua proteção jurídica na legislação pátria. Na sétima parte, faz-se uma análise sobre a paixão e o crime passional, o tratamento dado a esse crime no Brasil ao longo dos tempos e, a possibilidade da incidência da tese da legítima defesa da honra no chamado homicídio passional, a luz do Código Penal vigente e da Constituição Federal.

Palavras-Chave: Legítima Defesa; Crime Passional; Honra.

SUMMARY

RIBEIRO, C. G. *A legítima defesa nos crimes passionais*. 2008. 68 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

This monograph performs a reflection on the Office of the legitimate defence and its relationship with the crime passionate. For better understanding of the theme, the first chapter is dedicated to a small introduction on the legitimate defence. On the second and third part is of the most important historical aspects of legitimate defence, as well as developments within the Brazilian legal system. In the fourth and fifth discussions, the general aspects of legitimate defence, as its legal nature, its concept, its merits, their legal requirements and their species. The sixth part, is intended to submit the concept of honour and its legal protection legislation homeland. At the seventh part, an analysis on the passion and crime passionate, the treatment given to such crime in Brazil over time, and the possibility of incidence of the legitimate defence of honor in the so-called murder passionate, the light of the Criminal Code and current of the Federal Constitution.

Keywords: Legitimate defence; Crime passionate; Honor.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 A LEGÍTIMA DEFESA NOS POVOS PRIMITIVOS E NO DIREITO ROMANO....	11
2.1 A legítima defesa nos povos primitivos.....	11
2.2 A legítima defesa no direito romano.....	12
3 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGÍTIMA DEFESA NO BRASIL.....	15
3.1 As Ordenações Filipinas.....	15
3.2 O Código Criminal de 1830.....	15
3.3 O Código Penal de 1890.....	16
3.4 Consolidação das Leis Penais de 1932.....	18
3.5 A legítima defesa no Código Penal de 1940.....	18
4 ASPECTOS GERAIS DA LEGÍTIMA DEFESA.....	20
4.1 Conceito de legítima defesa.....	20
4.2 Fundamento da legítima defesa.....	21
4.3 Natureza jurídica da legítima defesa.....	22
4.4 Requisitos legais da legítima defesa.....	23
4.4.1 <u>Injusta agressão</u>	23
4.4.2 <u>Agressão atual ou iminente</u>	26
4.4.3 <u>Direito próprio ou alheio</u>	27
4.4.4 <u>Uso moderado dos meios necessários</u>	28
4.4.5 <u>Elemento subjetivo da legítima defesa</u>	30
4.5 Efeitos civis da legítima defesa.....	32
5 ESPÉCIES DE LEGÍTIMA DEFESA.....	33
5.1 Legítima defesa autêntica.....	33
5.2 Legítima defesa putativa.....	33
5.3 Legítima defesa recíproca.....	34
5.4 Legítima defesa sucessiva.....	34
5.5 Legítima defesa com erro na execução.....	35
5.6 Ofendículos.....	36
6 CONCEITO E PROTEÇÃO JURÍDICA DA HONRA.....	38
6.1 Conceito de honra.....	38
6.2 Proteção jurídica da honra.....	41

6.2.1 <u>Proteção da honra no direito constitucional</u>	42
6.2.2 <u>Proteção da honra no direito civil</u>	43
6.2.3 <u>Proteção da honra no direito penal</u>	44
6.2.4 <u>Proteção da honra em leis extravagantes</u>	45
6.3 Legítima defesa nos crimes de calúnia, injúria e difamação, do Código Penal	45
7 LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA E OS HOMICÍDIOS PASSIONAIS	47
7.1 A paixão e o crime passional	47
7.2 Tratamento dado aos crimes passionais no Brasil ao longo dos tempos	50
7.3 Legítima defesa da honra nos crimes passionais	52
7.3.1 <u>Caso da vida real</u>	52
7.3.2 <u>Legítima defesa da honra</u>	61
8 CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS	67

1 INTRODUÇÃO

A legítima defesa desconhece as barreiras do tempo, relacionando-se com a própria história da humanidade. Relatos da sua existência podem ser encontrados em vários documentos ou códigos de povos antigos. A legítima defesa, desde os primórdios, extrai a sua força do instinto e da necessidade de sobrevivência do homem, fato que também pode ser observado em qualquer outro animal.

Além de toda riqueza de detalhes que envolvem a gênese e o desenvolvimento deste instituto, atualmente não se pode conceber um sistema jurídico que não possua um tipo permissivo como a legítima defesa. Felizmente, nosso ordenamento jurídico contempla expressamente a presença desta discriminante, que pode ser utilizada para proteger bem jurídico de qualquer natureza, sendo irrelevante que pertença ao agente ou a terceiro, podendo tratar-se até mesmo de uma coletividade ou do Estado.

Atualmente, na área penal, a legítima defesa é uma das teses mais utilizadas em nossos tribunais para justificar as condutas dos réus. O que, destarte, justifica, plenamente, um estudo mais aprofundado sobre tema.

Durante o desenvolvimento desta monografia, vamos abordar de forma ampla o instituto da legítima defesa no Brasil, previsto em nosso ordenamento, através dos seguintes dispositivos legais: inciso II e parágrafo único, do art. 23 e art. 25, todos do Estatuto Repressor. Depois, iremos relacioná-lo com os homicídios passionais. Buscando, através da jurisprudência e da opinião de renomados juristas e doutrinadores, esclarecer inúmeros pontos concernentes à legítima defesa da honra.

No entanto, para uma visão mais ampla da importância do instituto da legítima defesa no ordenamento jurídico de qualquer país, faremos alguns considerações sobre a sua origem e o seu desenvolvimento nos Povos Primitivos e no Direito Romano. Bem como a sua evolução dentro do nosso ordenamento jurídico, desde o Código Filipino, que foi a primeira lei aplicada no Brasil a prever a eximente em tela, até a reforma do atual Código Penal, realizada através da Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, que operou uma profunda reforma na legislação penal vigente.

A seguir trataremos dos aspectos gerais da legítima defesa em nosso Código Penal, a saber: seu conceito, seu fundamento, sua natureza jurídica, seus requisitos legais de ordem

objetiva e subjetiva, os bens amparados pela eximente, as suas espécies e, os efeitos civis decorrentes do seu exercício (responsabilidade civil na legítima defesa).

Após essa abordagem inicial, realizaremos um estudo específico sobre a honra, para servir de suporte quando relacionarmos a legítima defesa da honra e os homicídios passionais. Onde, destacaremos o seu conceito no âmbito jurídico e social, a sua parte histórica inerente ao surgimento da proteção dos direitos da personalidade no mundo e, também, a sua proteção jurídica em nosso ordenamento.

No tópico seguinte faremos algumas considerações sobre os crimes passionais e o tratamento dispensado a eles ao longo dos tempos. Por fim, traçaremos um paralelo entre a legítima defesa da honra e os chamados homicídios passionais.

Importante, também, destacar que a presente monografia tem por objetivo geral realizar uma reflexão sobre o instituto da legítima defesa no direito brasileiro, demonstrando a sua importância e a sua imperiosa necessidade, tanto no cenário jurídico quanto no social. E, por conseguinte, de certa forma, contribuir para uma melhor compreensão dos fatos que são praticados sob o seu manto protetor. Já o objetivo específico é verificar a possibilidade da tese da legítima defesa da honra nos chamados homicídios passionais, destacando, principalmente, o posicionamento de nossos tribunais e o entendimento da doutrina.

2 A LEGÍTIMA DEFESA NOS POVOS PRIMITIVOS E NO DIREITO ROMANO

2.1 A legítima defesa nos povos primitivos

Verifica-se através de documentos e relatos históricos que a legítima defesa não é uma construção do direito positivo contemporâneo, pois sempre esteve presente entre os povos, dos mais primitivos aos mais avançados culturalmente.

A legítima defesa, nos primórdios, pode ser considerada instintiva, consequência da própria necessidade de sobrevivência do homem. Sendo, por isso, a sua gênese atribuída ao *jus naturale* (direito natural) por eminentes pensadores, filósofos e doutrinadores. Como, por exemplo, é o pensamento de Cícero, na celebre passagem de Pro-Milone, onde ele sustenta que: “o direito que cada um possui de proteger-se contra outrem é uma lei natural decorrente do próprio direito instintivo do homem, anterior, portanto, a todo direito escrito”¹.

No mesmo sentido, podemos citar o filósofo e jurista Hugo Grotius, que segundo ele: “o direito de o homem defender-se provém imediatamente, do direito que a própria natureza lhe confia, ou seja, o cuidado para consigo mesmo e, nunca, a injustiça, ou o perigo, ou crime daquele que o expõe a perigo”².

Mas, há também uma outra corrente que diz que não adianta tentarmos encontrar o instituto da legítima defesa entre os povos primitivos, pois nesse momento histórico, o direito e a sociedade ainda não existem. Haja vista, que o presente instituto se perfaz num dos conceitos jurídicos mais delicados com que se pode enriquecer o patrimônio intelectual e emotivo de uma nação civilizada. O que pode ser encontrado entre os selvagens são as formas primordiais, o substrato fisiológico e psicológico, mas traço algum de um direito. E, ainda, destaca que, para que surja a idéia de legítima defesa, como instituto jurídico, é preciso que o Estado se desenvolva até o ponto de reclamar para si a punição das ofensas, não só as públicas, como também as particulares, para que, então, tenha início o seu processo evolutivo.

Como forma de repressão social do delito, aparecem de um lado o magistério punitivo, que é executado por pessoas, previamente, estabelecidas e, a legítima defesa exercida pelos

¹ CICERO, Pro-Milone, Capítulos 4, 10 e 11. in Biblioteca Clássica, São Paulo: Atena Editora, p. 98.

² GROTIUS, Hugo. **O Direito da Guerra e da Paz**. Tradução francesa de Predier-Fodéré, 1867, tomo I, p. 352.

particulares nos momentos em que o Estado não pode se fazer presente. Do outro lado, aparecem o delito e a vingança particular, considerados como fatos anti-sociais e, por isso, puníveis. Logo, não se pode imaginar a legítima defesa como um direito originário com existência fora e anterior ao Estado. Pois antes da união dos indivíduos em aglomerações sociais, não existia, em geral, nenhum direito, este surge apenas da sociedade jurídica.

Em outras palavras, esta corrente assevera que não é correto vislumbrar a existência do instituto da legítima defesa nas ‘legislações’ dos povos primitivos e, imaginar que no instante em que se institui a autoridade do Estado, esse direito seria apenas diferenciado da vingança, com a qual estaria apenas confundido. E, que, ademais, a legítima defesa não pode ser considerada um direito inato no indivíduo, como também não é contemporânea das primeiras formas de civilização, haja vista, ser o presente instituto fruto de uma formação lenta e recentíssima da sociedade.

Esse é o entendimento de Júlio Fioretti ao comentar que:

É um erro grave considerar a legítima defesa como um instituto já existente na legislação dos povos bárbaros e supor que, no momento em que se estabelece a autoridade do Estado, esse direito não faz senão distinguir-se da vingança, com a qual estaria somente confundido. Ela não é um direito inato no indivíduo, como não é contemporânea da aparição das primeiras e rudimentares formas da sociedade humana³.

Damásio E. de Jesus, também pensa assim, ao asseverar que:

É inútil buscar entre os povos primitivos vestígios da legítima defesa. Encontraríamos entre eles formas primordiais de reação ao ataque, mas sem caráter algum de direito. Um homicídio ou lesão, segundo as circunstâncias do caso, eram considerados como ofensa ou vingança, como pena ou delito, mas sem a conceituação jurídica de hoje.⁴

A existência da legítima defesa entre os povos primitivos é controvertida, conforme se infere do entendimento diverso dos autores supracitados. No entanto, é inegável a sua importância entre aquelas sociedades rudimentares, seja a legítima defesa vista como uma reação instintiva, um *jus naturale*, ou vista como vingança, de modo que, de uma coisa podemos ter certeza: é, praticamente, impossível quedar inerte frente ao ataque injusto de um agressor, independente, do período histórico.

2.2 A legítima defesa no direito romano

³ FIORETI, Júlio. **Legítima Defesa**: Estudos de Criminologia. Belo Horizonte: Líder, 2008, p. 16-17.

⁴ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 383.

Na época a que remontam os primeiros documentos do direito romano, o instituto da legítima defesa já estava completamente desenvolvido. Mas, apesar de bem desenvolvido, o referido instituto não encontrava, na língua falada, palavras que reproduzissem exatamente os motivos psicológicos de sua existência. As palavras ainda não estavam maduras, de modo a se tornarem capazes de denotar uma idéia ética tão abstrata como a da legítima defesa. Elas exprimiam apenas o fato material, sem terem, ainda, adquirido a significação moral que hodiernamente se lhes adere, indissolúvelmente, no espírito de todos. Dessa forma, havia necessidade de se exprimir com uma longa frase àquilo que hoje nós falamos com apenas duas palavras.

Júlio Fioretti afirma que: “desta desfavorável condição em que se achava a língua latina para poder exprimir com rigor de lógica o conceito da legítima defesa, nasce àquela hesitação, aquela insólita prolixidade e indecisão dos fragmentos do *Digesto* que a ela se referem”. E, ainda acrescenta que: “os romanos não souberam formulá-la claramente, mas reconheceram em toda a sua extensão o direito de legítima defesa, e os seus jurisconsultos acentuaram cuidadosamente, senão sistematicamente, todos os seus elementos psicológicos”⁵. O instituto da legítima defesa estava escrito em grandes caracteres nas Doze Tábuas e no *Digesto*. Ou seja, estava previsto na certidão de nascimento e na de óbito do espírito animador do direito romano. Segundo as doutrinas dos jurisconsultos romanos, “a legítima defesa era uma ação praticada contra a proibição de quem tem o direito de se lhe opor”⁶.

Apesar do instituto se apresentar bastante fragmentado e, não poder ser exprimido em poucas palavras, podemos reconstruir toda teoria romana sobre o exercício da eximente.

Primeiro, relataremos as condições de fato atribuíveis ao agressor e a seguir as inerentes ao agredido para incidência da legítima defesa.

Com relação ao agressor, podemos destacar três condições essenciais: a primeira delas era a injustiça da agressão, ou seja, a agressão imposta ao agredido deveria ser injusta. A segunda era colocar o agredido na iminência de um perigo. Por fim, a terceira condição era a dificuldade (não a impossibilidade) imposta ao agredido de evitar o perigo de outro modo a não ser com a morte ou o ferimento do agressor.

Após a análise das condições inerentes ao agressor, trataremos, agora, das condições de fato atribuíveis ao agredido para que se possa verificar a incidência da eximente em tela. Duas regras determinam a natureza da reação. A primeira diz respeito à proporcionalidade entre a agressão e a reação. Essa não é vista pelo prisma matemático, pois é impossível

⁵ FIORETTI, Julio. Op. cit. p. 23.

⁶ GEYER, A. *Die Lehre Von der Nothwehr*. Jena, 1857, p.50.

estabelecer uma igualdade entre coisas heterogêneas. A apreciação da proporcionalidade é realizada através de uma análise moral. Percebemos, assim, que a averiguação desta condição é extremamente subjetiva, principalmente, pelo fato de que a agressão e a reação podem se manifestar de diversas formas, o que destarte, obsta a criação de uma hermenêutica objetiva para apreciação de um caso concreto. A segunda regra estabelece que a reação defensiva deve ocorrer de imediato, ou seja, não pode haver um lapso temporal significativo entre a ofensa e a defesa. Esta regra evita que a vingança privada ou o exercício arbitrário das próprias razões sejam confundidos com a legítima defesa.

Além de toda teoria romana sobre o exercício da legítima defesa, outro aspecto importante diz respeito ao estudo do seu fundamento filosófico. Cícero, por exemplo, vislumbrava a legítima defesa como uma forma especial de repressão ao delito, uma espécie de ‘substituto penal’. Já Fiorentino entendia que esse direito tinha sua razão num certo parentesco que a natureza inseriu entre os homens. Os romanos retratavam a razão suprema da existência da legítima defesa em muitos princípios diferentes, dessa forma, o seu fundamento filosófico ora era atribuído ao direito natural, ora ao direito das gentes. As primeiras leis se sustentavam no direito natural, enquanto as outras extraíam as suas forças do direito das gentes. Buscou-se, com o passar dos tempos, distinguir, cada vez mais, o elemento inconsciente, antropológico (o instinto) encontrado no direito natural, do elemento consciente, refletido da legislação oriundo do direito das gentes⁷.

⁷ FIORETTI, Julio. Op. cit. p. 27.

3 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGÍTIMA DEFESA NO BRASIL

3.1 As Ordenações Filipinas

O Código Filipino foi a primeira lei aplicada no Brasil a prever o instituto da legítima defesa. Tal previsão estava inserta no Livro V das ordenações do reino, especificamente no Título XXXV, onde existia a previsão expressa da excludente em tela, no caso de um homicídio:

Qualquer pessoa, que matar outra, ou mandar matar, morra por ello morte natural. Porém se a morte for em sua necessária defensão, não haverá pena alguma, salvo se nella excedeo a temperança, que devêra, o podêra ter, porque então será punido segundo a qualidade do excesso.

No mesmo Código, podemos também destacar que, no Título XXXVIII, do Livro V, a lei portuguesa admitia que o homem matasse a mulher adúltera e seu companheiro. Percebe-se que já naquela época, havia uma preocupação em tutelar a honra. O referido dispositivo legal permitia ao marido traído, em nome da sua honra conjugal, por fim a vida da esposa e de seu amante, quando flagrados em atos de libidinagem. No entanto, estabelecia algumas exceções, pois não havia, ainda, sido difundida naquela época uma ideologia de igualdade jurídica e social. Destacamos o que relatava o Código Filipino:

Achando o homem casado sua mulher em adultério, lícitamente poderá matar assi a ella, como o adultero, salvo se o marido for peão, e o adultero Fidalgo, ou nosso Dezembargador, ou pessoa de maior qualidade. Porém, quando matasse alguma das sobreditas pessoas, achando-a com sua mulher em adultério, não morrerá por isso mas será degradado para Africa com pregão na audiencia pelo tempo, que aos Julgadores bem parecer, segundo a pessoa, que matar, não passando de tres annos.

3.2 O Código Criminal de 1830

Em 1830, entrou em vigor o Código Criminal que, após a Carta de 1824 foi considerado o segundo momento legislativo mais importante derivado das Câmaras do Império.

O Código Criminal de 1830 foi considerado, na época, um notável trabalho de direito no Brasil. Pois seus princípios eram atuais e, além disso, seus artigos estavam dispostos de uma forma bem prática, o que facilitava o acesso e a compreensão.

A legítima defesa estava prevista no Código Criminal de 1830, nos § 2º, § 3º e § 4º todos do art. 14. Nos termos, *in verbis*:

Art. 14 Será o crime justificável, e não terá lugar a punição d'elle:

§ 2º Quando fôr feito em defeza da própria defeza da própria pessoa, ou de seus direitos;

§ 3º Quando fôr feito em defeza da família do delinqüente;

§ 4º Quando fôr feito em defeza da pessoa de um terceiro.

Para incidência da eximente nos parágrafos 2º e 3º, era condição *sine qua nom* a existência de três requisitos: a certeza do mal (agressão injusta) que se propôs evitar, a falta absoluta de outro meio menos prejudicial e, não ter havido da parte dele, ou de seus familiares provocação para ocorrência do conflito.

No parágrafo 4º estava prevista a legítima defesa de terceiro. Todavia para que o crime fosse justificável neste caso, deveriam ocorrer cumulativamente a favor do delinqüente os seguintes requisitos: a certeza do mal que se propôs evitar, que este fosse maior ou igual ao que se causou, a falta absoluta de outro meio menos prejudicial e a probabilidade de eficácia do que se empregou.

Quanto à questão do adultério, diferentemente do que preconizava o Código Filipino, não era mais autorizada a morte da mulher ou de seu companheiro, caso fossem surpreendidos. Diante disso, cada situação seria analisada individualmente. Sendo, possível, inclusive, que a questão fosse vista apenas como circunstância atenuante do crime.

Este Código, no que tange a legítima defesa, não manifestou diferenças de tratamento em virtude da posição social do indivíduo. O que já significou um grande avanço em direção a igualdade. Mas em virtude da época, a interpretação dos fatos sempre era mais favorável ao mais abastados. Hodiernamente, não é tão diferente, entretanto, não chega a ser tão latente.

3.3 O Código Penal de 1890

O Código Penal de 1890 foi um marco para o instituto da legítima defesa no direito pátrio. Sendo promulgado através do Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890. Neste Código, a legítima defesa veio contemplada nos artigos 32, §2º e 34. No caput do art. 32

encontramos uma menção a exclusão da ilicitude, “art. 32. Não serão também criminosos:”, o que, evidentemente, representou um grande avanço, pois pela primeira vez no direito penal brasileiro apareceu a noção de legítima defesa com o caráter de excludente de ilicitude.

A legítima defesa poderia ser praticada tanto para autodefesa, quanto para defesa de outrem. Além disso, a eximente era destinada a tutelar qualquer direito passivo de sofrer algum tipo de lesão. Não se restringindo apenas a proteção do direito à vida, conforme se extrai da interpretação do §2º, do art. 32, que estabelecia que a legítima defesa não era limitada unicamente à proteção da vida, ela compreendia todos os direitos passíveis de dano.

Contudo, para que a legítima defesa fosse reconhecida era necessário o preenchimento de alguns requisitos legais que estavam previstos no art. 34 do mesmo repositório legal. A saber: agressão atual, impossibilidade de prevenir e obstar a ação ou de invocar e receber socorro da autoridade pública, uso de meios adequados para evitar o mal e proporcionalidade em relação à agressão. Segue abaixo trecho do pertinente dispositivo legal.

Art. 34. Para que crime seja justificado no caso do § 2º do mesmo artigo, deverão intervir conjuntamente, em favor do delinquente, os seguintes requisitos: 1º agressão actual; 2º impossibilidade de prevenir ou obstar a acção, ou de invocar e receber socorro da autoridade publica; 3º emprego de meios adequados para evitar o mal e em proporção da aggressão; 4º ausencia de provocação que occasionasse a aggressão.

Uma outra novidade apresentada nessa legislação foi o aparecimento da legítima defesa presumida regulada nos §1º e §2º, do art. 35, o que denotou uma preocupação do legislador da época em não se limitar apenas em prever a legítima defesa em sua modalidade genérica. Seguindo a orientação da legislação alienígena, o legislador equiparou a defesa própria ou de terceiro ao fato praticado na repulsa dos que à noite entrassem ou tentassem entrar na casa onde alguém morasse ou estivesse, nos pátios ou nas dependências dela, se fechadas, ressalvadas as hipóteses de permissão legal; bem como o fato cometido em resistência a ordens ilegais, não sendo excedidos os meios indispensáveis para impedir a execução.

Outro aspecto a ser destacado é que o presente diploma legal não estipulou uma forma de se resolver os casos concretos que envolvessem o excesso na prática da legítima defesa, muito embora, outros códigos, como o italiano, já fizessem menção a ele, aplicando, nos casos, uma pena reduzida. Diante disso, uma das formas encontradas pelos operadores do direito da época foi a aplicação das circunstâncias atenuantes previstas no artigo 42, parágrafos 3º e 6º. Onde ficava definido que eram circunstancias atenuantes: ter o delinquente cometido o crime em defesa da própria pessoa ou de seus direitos, ou em defesa das pessoas e

direitos de sua família ou de terceiro e, ainda ter o delinqüente cometido o crime para evitar mal maior.

Entretanto, Galdino Siqueira, ao comentar sobre o excesso, asseverou que:

Embora o nosso código não contenha disposição expressa sobre o excesso de legítima defesa, ou irregularidade de defesa, nada impede que, verificado que o estado emocional do agente não lhe permitia apreciar devidamente o fato e conter-se nos limites razoáveis, lhe seja ainda reconhecida a justificativa, porque se trata da aplicação da norma fundamental de direito, que só admite imputabilidade na ocorrência de dolo ou de culpa, leve pelo menos⁸.

Já com relação aos crimes passionais, o Código Penal de 1890 estabelecia no art. 27, § 4º, que “não são criminosos os que se acharem em estado de completa perturbação de sentidos e de inteligência no ato de cometer o crime”. Este preceito legal levava à absolvição todos os chamados criminosos passionais. Dessa forma, aqueles que imaginavam ter a sua honra ferida passaram a lavá-la com sangue.

3.4 Consolidação das Leis Penais de 1932

Manteve a mesma disposição do Código Criminal de 1890.

3.5 A legítima defesa no Código Penal de 1940

O Código Penal de 1940, promulgado através do Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940, contemplava a legítima defesa em seu art. 21 ao estabelecer que “entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. No entanto, com a reforma penal consubstanciada através da Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, houve o deslocamento deste instituto para o art. 25, não havendo alteração em sua redação, situação que persiste até os dias atuais.

Com relação aos crimes passionais, o novo estatuto criminal eliminou a excludente de ilicitude referente à perturbação dos sentidos e da inteligência. E, ainda, asseverou em seu

⁸ Direito Penal Brasileiro. Brasília: Editora Senado Federal, 2003, p. 452.

art. 24 (atual art. 28) que a “emoção e a paixão” não excluem a imputabilidade penal, constituindo apenas, circunstâncias atenuantes. Dessa forma, o homicídio passional passou a ser enquadrado no art. 121, § 1º, ou seja, nos chamados homicídios privilegiados, que ocorre quando o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima. Circunstâncias em que o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço. Diante desse fato novo, habilidosos operadores jurídicos criaram a tese de legítima da honra, que era bastante utilizada para inocentar os passionais. Com relação a este Código e, mormente, a legítima defesa da honra, faremos uma abordagem mais detalhada durante o desenvolvimento da presente monografia.

4 ASPECTOS GERAIS DA LEGÍTIMA DEFESA

4.1 Conceito de legítima defesa

Em nossa legislação pátria, o conceito de legítima defesa, assim como todos os seus elementos caracterizadores, encontram-se positivados no art. 25, do Código Penal. Evitou-se, com isso, que o conceito fosse fruto de uma construção doutrinária ou das interpretações dos Tribunais. O legislador, então, emprestou o seguinte conceito à legítima defesa, através do art. 25, do Código Penal: “entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. Rogério Greco coaduna com esse entendimento ao aduzir que “o legislador, ao elaborar o art. 25 do Código Penal se preocupou em conceituar a legítima defesa”⁹.

William Wanderley Jorge, também destaca que o tipo permissivo analisado está delineado na lei, no entanto, não se furtou ao desafio de conceituá-lo:

É o exercício de uma violência imposta pela necessidade de se defender qualquer direito suscetível de lesão, contra uma agressão injusta, iminente e inarredável. É preciso, porém, que o nome de legítima que se acrescenta ao de defesa não seja uma palavra vã, mas a expressão de uma idéia alta e generosa, que se encarna nesse instituto¹⁰.

Roque de Brito Alves, sem afastar-se do conceito legal, também buscou conceituar a legítima defesa:

É sem dúvida, primacialmente, uma imposição moral e social a todo cidadão antes ou acima de ser um dever legal ou um instituto jurídico, um princípio de direito natural anterior e superior a qualquer norma ou direito positivo, ao lado de sua manifestação natural do instituto de conservação do ser humano como se fosse um fato ou fenômeno fisio-psicológico antes de ser um fato conforme o direito¹¹.

Os conceitos que os penalistas costumam apresentar sobre a legítima defesa nem sempre são completos ou satisfatórios, pois contém, invariavelmente a visão particular de cada autor sobre o assunto. Deste modo, majoritariamente, o melhor conceito é o estabelecido em lei.

4.2 Fundamento da legítima defesa

⁹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, v. 1, p. 340.

¹⁰ JORGE, Willian Wanderley. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 7. ed. São Paulo: Forense, 2005, p. 258.

¹¹ ALVES, Roque de Brito. **Direito Penal**. Recife: ed. do autor, 2008, p. 311.

A legítima defesa sempre se manifestou em todos os tempos como uma necessidade imposta ao homem pela lei natural, sendo, por isso, mesmo, reconhecida no direito das gentes como a harmoniosa manifestação dos sistemas jurídicos que a regeram durante sua longa evolução social¹².

Entretanto, no instante em que o Estado deixou de se conformar com a instintiva e ilimitada oposição da força contra a força, chamando a si o poder de proteção aos direitos individuais, teve de abrir uma exceção, permitindo que o indivíduo o substituísse quando não fosse capaz de estar presente no momento de uma agressão contrária ao direito. No entanto, é importante esclarecer que a permissão para o particular agir em defesa própria, ou em defesa de outrem não é ilimitada, encontrando as suas regras na própria lei penal. Como, por exemplo, usar dos meios necessários para repelir a agressão injusta, ou que o bem sacrificado seja menos importante que o bem protegido.

Hodiernamente, é incontestável a importância do instituto da legítima defesa no ordenamento jurídico de qualquer sociedade, pois com o aumento da violência, sobretudo, nos grandes centros, somada à impunidade dos criminosos, os cidadãos, cada vez mais, estão tendo que conviver com essa realidade em seu cotidiano. Percebe-se, assim, a necessidade quase que imperativa do cidadão se autodefender. Fato que confere ao instituto da legítima defesa, ainda mais importância no cenário jurídico e social.

Ademais, é uma utopia imaginar que o Estado, que é responsável pela segurança pública, seja capaz de proteger todos os indivíduos das agressões injustas praticadas contra eles. Sendo assim, a legítima defesa funciona como uma espécie de prolongamento do direito subjetivo de punir do Estado - *ius puniendi* - transferido ao particular nos momentos em que ele não pode se fazer presente, pois o direito não pode ceder ante o ilícito.

Rogério Greco também possui esse entendimento: “como é do conhecimento de todos, o Estado, por meio de seus representantes, não pode estar em todos os lugares ao mesmo tempo, razão pela qual permite aos cidadãos a possibilidade de, em determinadas situações, agir em defesa própria”¹³.

Como fundamento moral, podemos citar a seguinte jurisprudência: “em face de agressão injusta, a vítima tem a faculdade legal e o dever moral de obstá-la, mesmo recorrendo ao exercício da violência”¹⁴.

¹² LINHARES, Marcello Jardim. **Legítima Defesa**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 16.

¹³ GRECO, Rogério. Op. cit. p. 340.

¹⁴ TJSP, RT 624/303; TACrSP, julgados 75/406.

Por fim, podemos asseverar que o fundamento da legítima defesa está amparado no instinto de conservação do ser humano e no próprio direito positivo, quando previsto no ordenamento jurídico como norma penal permissiva.

4.3 Natureza jurídica da legítima defesa

Quanto à natureza jurídica, podemos destacar, basicamente, dois grupos que procuram explicá-la, o da teoria subjetiva e o da teoria objetiva.

A teoria subjetiva vislumbra a natureza jurídica da legítima defesa como excludente de culpabilidade, fundamenta-se na alteração de ânimo do indivíduo agredido ou nos motivos determinantes do agente¹⁵. Segundo essa teoria, o homicídio praticado em legítima defesa é voluntário, não se castigando o autor porque se fundamenta no princípio da conservação da existência, peculiar ao ser humano. Haja vista que negá-lo seria abrir mão do direito de existência. Funciona, basicamente, como uma espécie de direito natural apenas ratificado pelo legislador.

Essa teoria não encontra amparo no pensamento reinante entre nossos doutrinadores, pois autorizaria reprimir qualquer agressão, inclusive, as lícitas, o que seria um grande contra senso. Imaginemos, por exemplo, um agente que cometeu um delito e, ao ser preso em flagrante pela autoridade policial, se vê no direito de repelir a ação policial¹⁶. Ademais, como bem observa o professor Damásio: “não pode ser considerada ilícita a afirmação do próprio direito contra a agressão que é contrária às exigências do ordenamento jurídico”¹⁷.

Já a teoria objetiva entende a legítima defesa como um direito do indivíduo e causa de exclusão da ilicitude. Pois alega que quem se defende de uma agressão injusta, atual ou iminente, age conforme o direito.

Mirabete explica a teoria objetiva da seguinte maneira:

As teorias objetivas, que consideram a legítima defesa como causa excludente da antijuridicidade, fundamentam-se na existência de um direito primário do homem de defender-se, na retomada pelo homem da faculdade de defesa que cedeu ao Estado, na delegação de defesa pelo Estado, na colisão de bens em que o mais valioso deve sobreviver, na autorização para ressaltar o interesse do agredido, no respeito à ordem jurídica, indispensável à convivência ou na ausência de injuridicidade da ação agressiva¹⁸.

¹⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 182.

¹⁶ TELES, Moura Ney. **Direito Penal**: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 224.

¹⁷ JESUS, Damásio E. de. Op. cit. p. 385.

¹⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit. p. 182.

A teoria objetiva, sem dúvida, é a aplicada em nosso ordenamento jurídico, conforme se infere da interpretação do art. 23, II, do Código Penal, que prevê, expressamente, que não há crime quando o agente pratica o fato em legítima defesa. Pode-se afirmar, portanto, que a natureza jurídica da legítima defesa é de excludente de ilicitude, por determinação legal.

4.4 Requisitos legais da legítima defesa

Os requisitos legais da legítima defesa estão elencados no art. 25 do Código Penal, são eles: injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem, repulsa com meios necessários, uso moderado de tais meios, conhecimento da situação justificante.

4.4.1 Injusta agressão

A agressão pode ser entendida como todo comportamento humano que tenha por finalidade lesionar ou colocar em perigo um bem jurídico. Logo, percebe-se que, no sentido da lei, somente as pessoas podem praticar agressões. Dessa forma, havendo um ataque de animal, a vítima ao se defender estará sob o pálio do estado de necessidade e, não em legítima defesa. Contudo, é preciso não olvidar que se determinada pessoa se vale de um animal para agredir alguém, o animal servirá apenas como um instrumento da agressão, havendo na hipótese a possibilidade da incidência da legítima defesa.

Fernando Capez contribui com o raciocínio em tela, ao expressar que:

Se uma pessoa aça um animal para que ele avance em outra, nesse caso existe agressão autorizadora da legítima defesa, pois o irracional está sendo utilizado como instrumento do crime (poderia usar uma arma branca, uma arma de fogo, mas preferiu servir-se do animal)¹⁹.

A agressão também pode ocorrer por omissão, nos casos em que haja o dever jurídico do agente de atuar para impedir o resultado. Também se configura agressão por omissão, por exemplo, o agente que deixa de controlar um animal bravo²⁰.

A injustiça da agressão é a *conditio sine qua nom* para a existência da legítima defesa, tamanha é a sua importância. A agressão injusta é a contrária ao ordenamento jurídico, ou

¹⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 281.

²⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal: parte geral. 16. ed. São Paulo: Forense. 2004. p. 228.

seja, quando é praticada ilicitamente. Logo, pode-se afirmar que é injusta a agressão que o direito não autoriza nem permite, e que o agredido não está obrigado a suportar. Entretanto, não se exige que a agressão injusta configure, necessariamente, um crime. Pois há casos em que apesar da agressão ser considerada injusta, não haverá a incidência de um tipo penal específico. Como, por exemplo, a legítima defesa exercida para proteção da posse prevista no §1º do art. 1.210 do Código Civil, contra o furto de uso, contra o dano culposos, etc.

A injustiça da agressão deve ser determinada objetivamente, sendo, portanto, irrelevante, o fato do agente ser capaz ou não. Logo, as agressões cometidas pelos inimputáveis (ébrio habitual, doentes mentais, menores de 18 anos) também podem ser repelidas pelo exercício da legítima defesa. Imaginem um homem maior de dezoito anos sendo forçado a fugir de um menor que está tentando alvejá-lo, injustamente, com uma pedra em plena praça pública. Evidente, que o direito, no caso em tela, autoriza uma ação defensiva e proporcional para repelir a agressão. No entanto, caso a fuga não afete os brios do agredido, deve ser preferida nos casos em que os inimputáveis estejam envolvidos. A jurisprudência, por exemplo, tem entendido que “pode haver legítima defesa na reação à investida de alienado mental”²¹.

Nesse sentido, podemos expor o pensamento do renomado penalista alemão Claus Roxin:

As agressões não culpáveis também dão direito à legítima defesa, mas o interesse no prevalecimento do direito é substancialmente menor do que no caso normal. É verdade que, embora se renuncie totalmente a pena nesses casos, ainda se pode seguir defendendo o direito frente ao injusto; mas essa defesa há de manter-se nos limites que exige uma proteção do agredido guiada pela consideração social²².

Em sentido contrário, Hungria, entendia que nos casos em que os inimputáveis fossem os agressores, a eximente a ser verificada seria a do estado de necessidade e, não a da legítima defesa. Já que relatava que os incapazes por não terem o discernimento adequado para uma reflexão, não podiam, muitas vezes, perceber o caráter injusto da agressão. Dessa forma, acreditava que, nesses casos, a fuga deveria ser preferida pelo agredido ao invés de enfrentar o agressor. Como a possibilidade de fuga não pode ser considerada como um requisito da legítima defesa, a excludente adequada seria a do estado de necessidade, onde a possibilidade de fuga seria verificada no caso concreto. Seguem abaixo as palavras de Hungria:

Cumpre, porém, entender que o instituto da legítima defesa tem um aspecto político ou de prevenção geral. Representa um contramotivo a prática de ofensas injustas. Ora, esse fim psicológico da legítima defesa não pode dizer, evidentemente, com os incapazes de entendimento ou reflexão. Ainda mais,

²¹ TACrSP, RT 544/382.

²² BARROS, Francisco Dirceu. **Código Penal**: Parte Geral – Niterói, RJ: Impetus, 2006, p. 158.

quando a lei deixa de exigir entre os requisitos da legítima defesa à impossibilidade de fuga, tem em consideração, não só que deve ser prestigiado o espírito de luta pelo direito, mas também que é inexigível a vexatória ou infamante renúncia à defesa de um direito. Ora, a possível fuga diante da agressão de um inimputável nada tem de deprimente. Não é um ato de poltronaria, mas uma conduta sensata e louvável. Assim, no caso de tal agressão, o que deve se reconhecer é o estado de necessidade, que diversamente da legítima defesa fica excluído pela possibilidade de retirada do periclitante²³.

Ainda, em relação à injustiça da agressão, faz-se mister tecermos alguns comentários sobre a provocação, para elucidarmos se diante de uma situação fática em que ocorra a provocação, a excludente em tela poderá ser invocada pelo provocador.

A provocação pura e simples pode não significar uma agressão, permitindo, assim, ao provocador, em caso de uma agressão contrária a provocação, agir em legítima defesa. Tendo-se em vista que não é razoável que em face de uma provocação, sem maiores consequências, o provocador tenha que suportar uma injusta agressão. Ressalte-se, porém que, se a provocação, efetivamente, representa uma agressão substancial, não poderá alegar legítima defesa. A não ser que haja excesso por parte daquele que originariamente age em legítima defesa

Outro ponto importante é a chamada provocação intencional da legítima defesa, que ocorre quando o provocador usa a provocação apenas com o *animus* de praticar uma agressão injusta e, posteriormente, poder alegar legítima defesa. Contudo, nesses casos, a legítima defesa não poderá ser invocada, pois a sua intenção desde o início era de praticar o ilícito. Para ilustrar, podemos citar o seguinte exemplo: um agente querendo matar o marido de sua amante, planeja que o marido surpreenda a esposa em adultério. Quando ocorre o flagrante, o marido perplexo saca a arma, no entanto, como o agente já estava preparado, consegue efetuar o disparo primeiro e, por conseguinte, obtém êxito em seu plano criminoso.

Nessa situação, segundo Francisco Dirceu Barros “não cabe a legítima defesa alegada pelo amante, porque a situação real era apenas de legítima defesa aparente, não passando de um artil preparado pelo provocador que responderá por homicídio doloso”²⁴.

4.4.2 Agressão atual ou iminente

²³ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p.296.

²⁴ BARROS, Francisco Dirceu. Op. cit. p. 157

Atual é a agressão que está em curso, desenvolvendo-se, desde que, ainda, não se tenha concluído. É o lapso temporal compreendido entre o início da agressão ao bem jurídico até o ato conclusivo da agressão. Nos crimes permanentes, a agressão se protraí no tempo, sendo a defesa possível a qualquer instante. Exemplo: defende-se legitimamente a vítima de seqüestro, embora já esteja privada de sua liberdade já há algum tempo, haja vista que a agressão se mantém atual enquanto perdurar o seqüestro. Para que a tese de legítima defesa seja admitida, a repulsa deve ser imediata, concomitante a agressão. Uma vez terminada a agressão, com a efetiva consumação do ataque ao bem jurídico, não mais se poderá agir sob o pálio da excludente. Logo, o agente que após sofrer uma agressão, vai até a sua casa para se armar e volta para reagir, não age sob o manto da eximente.

Sendo assim, a atualidade da agressão é requisito para que haja uma conduta pautada na legítima defesa. Como já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, ao relatar que “não tem cabimento à legítima defesa, se a vítima for morta quando dormia”²⁵.

Iminente é a agressão que está em vias de se efetivar. Nessa situação, o ataque ao bem jurídico ainda não começou, mas em face ao perigo concreto, pode ter início a qualquer momento. Dessa forma, o direito autoriza a repulsa, imediatamente, pois não é razoável que alguém seja obrigado a esperar ser atingido por um golpe, para entrar em estado de defesa. Inclusive a demora na repulsa pode trazer danos irreversíveis.

No entanto, é preciso entender, por exemplo, que não se pode alegar legítima defesa contra uma promessa de agressão futura e remota, que pode, aliás, ser evitada por outros meios menos danosos. Logo, o mero temor de uma agressão, embora haja algum fundamento, não é suficiente para legitimar a conduta do agente, ainda que seja verossímil.

Francisco de Assis Toledo assinala que “a agressão iminente é, pois, sinônimo de perigo concreto de agressão a ser aferido dentro de um quadro de probabilidades reais, não apenas fantasmagóricas”²⁶.

Vejamos a construção jurisprudencial sobre os requisitos da atualidade e da iminência da agressão:

Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Em qualquer modalidade de legítima defesa é indispensável o requisito da atualidade ou iminência da agressão. Assim, não pode ser reconhecida a justificativa penal, tratando-se de ofensa à honra do agente, quando este, passada a atualidade do fato, sai em perseguição do ofensor e o agride, ferindo-o, pois tal procedimento importa em desforra ou vingança²⁷.

²⁵ TJSP-AC – Rel. Prestes Barros – RT 571/326.

²⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. **Ilícitude Penal e Causas de sua Exclusão**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 76.

²⁷ TAMG-AC – Rel. Lamartine Campos – RT 463/417.

Tribunal de Justiça de São Paulo: “não há legítima defesa quando o réu agride a vítima em represália a uma agressão a tapa já cessada, não existindo mais ofensa atual ou iminente partindo dela, vítima”²⁸.

4.4.3 Direito próprio ou alheio

É permitido ao particular agir em legítima defesa, própria ou de terceiro, que não deve jamais ser confundida com a vingança privada, quando ele estiver em uma situação de total impossibilidade de recorrer ao Estado, detentor do *ius puniendi* e responsável direto pela segurança pública.

Nesse requisito se destaca o princípio da solidariedade, que se traduz no fato de que quem estiver em condições de exercer a legítima defesa própria ou alheia, estará legitimado a exercê-la, desde que também estejam presentes os demais requisitos permissivos da conduta. Importante aclarar, que o nosso ordenamento jurídico não estabelece diferenças de tratamento entre a defesa própria ou de terceiro.

Verificamos, assim, que a discriminante em tela pode ser usada, tanto para defesa de direito próprio, quanto de direito alheio. E através dessa defesa, busca-se tutelar bem jurídico de qualquer natureza, material ou imaterial, sendo indiferente, o fato do bem pertencer ao agente ou a terceiro, podendo, até mesmo, tratar-se da coletividade ou do Estado.

Logo, é importante afastarmos a idéia de que a legítima defesa só pode ser usada para defender direito correlacionado com a vida. Muito embora, em sua origem, somente se pudesse falar em legítima defesa, quando a vida humana estivesse em jogo. Contudo, hodiernamente, tem-se disposto que qualquer bem jurídico pode ser preservado pela discriminante em apreço. Objetiva-se, portanto, proteger a vida, a integridade física, a liberdade, o patrimônio, a honra, enfim, qualquer bem, seja material ou moral.

Segundo a jurisprudência: “ela alcança quaisquer bens ou interesses juridicamente protegidos, como a vida, saúde, honra, pudor, liberdade pessoal, patrimônio, tranquilidade do domicílio, pátrio poder, segredo epistolar, etc”²⁹.

Segundo os ensinamentos de Nucci “o terceiro, a que se refere à lei, pode ser alguém que a pessoa nem mesmo conhece: essa é uma das hipóteses em que o direito admite e

²⁸ TACRIM-SP – Rel. Hélio de Freitas – JUTACRIM 89/438.

²⁹ TACrSP, *Julgados* 76/279; STJ, RHC 2.367-7, DJU 14.6.93, p. 11791.

incentiva a solidariedade. O terceiro pode, ainda, ser pessoa física ou jurídica, inclusive porque esta não pode agir sozinha”³⁰.

Em relação à defesa de terceiro, podemos citar o seguinte entendimento jurisprudencial: “age em legítima defesa quem, vendo conhecido seu na iminência de ser atingido por uma pessoa, ainda que seu conhecido tenha dado início à contenda, agride o portador da arma moderadamente”³¹.

Ocorre o mesmo raciocínio em relação ao segurança particular que reage a ataque injusto à pessoa do patrão ou do patrimônio deste³².

No entanto, quando se tratar de bens disponíveis e a agressão for consentida, não poderá haver legítima defesa de terceiro. Exemplo: não se pode defender o patrimônio de alguém que consente na subtração ou no dano de determinado bem disponível.

4.4.4 Uso moderado dos meios necessários

Os meios necessários podem ser classificados como sendo os menos lesivos que estejam à disposição do ofendido no instante que sofre a agressão. Considere o seguinte exemplo: se uma pessoa tem um pedaço de pau ao seu alcance e com ele pode tranquilamente conter a agressão, o uso de uma arma de fogo mostra-se desnecessário.

Os meios necessários são definidos por Nucci da seguinte forma: “são os eficazes e suficientes para repelir a agressão ao direito, causando o menor dano possível ao atacante”³³.

A moderação significa utilizar os meios disponíveis na medida em que são necessários para repelir injusta agressão. A jurisprudência tem entendido que, por ser a legítima defesa uma reação humana, ato instintivo e reflexo, não se pode querer medir a moderação no uso dos meios milimetricamente. Sendo, portanto, o critério de avaliação da moderação muito subjetivo, devendo ser apreciado caso a caso, em virtude das circunstâncias.

É importante ter em mente que a necessidade do meio não guarda relação com a forma com que é empregado. Deve-se analisar apenas se era o meio menos lesivo colocado à disposição do agente no instante da agressão. A maneira como o instrumento é utilizado diz respeito à moderação e não a necessidade do meio.

³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo: RT, 2005. p.225.

³¹ TAPR, RT638/330.

³² TJSP, RT 786/632.

³³ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 229.

Imaginemos, *verbi gratia*, um parálitico, preso a uma cadeira de rodas, não dispondo de nenhum outro meio, fere a tiros quem lhe tenta furtar umas frutas. Nesse caso, a arma de fogo era o único meio disponível para evitar o furto, devendo, portanto, ser considerada meio necessário. Já a maneira como foi utilizada (para matar, ferir ou assustar) guarda relação com a moderação, devendo, assim, ser analisada.

Verificamos, então, que tanto a necessidade do meio quanto a moderação no seu emprego devem ser examinadas. Pois, não obstante, pode haver o uso de meio necessário, mas não haver moderação na sua utilização. Ou então, haver o uso de meio desnecessário, mas usado moderadamente. Celso Delmanto contribui e esclarece o nosso entendimento ao assinalar que:

Só a desnecessidade dos meios não basta para afirmar o excesso punível, desde que eles hajam sido usados moderadamente. O exemplo facilitará a compreensão: se, ao se ver ameaçado e tendo à mão uma bengala e uma pistola, o agente usa desta e alveja o braço de quem o ameaça, pode-se dizer que se valeu de meio desnecessário, mas usado moderadamente; ao contrário, se emprega a bengala (meio necessário), mas mata o agressor com bengaladas na cabeça, o uso do meio necessário é que poderá ter sido imoderado. O excesso inclui, pois, tanto o meio como a utilização deste, devendo ambos ser examinados³⁴.

Tanto a desnecessidade do meio, quanto a imoderação podem caracterizar o excesso doloso ou culposos previsto no parágrafo único, art. 23, do Código Penal: “o agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos”.

Fernando Capez, assim define o excesso: “é a intensificação desnecessária de uma ação inicialmente justificada. Presente o excesso, os requisitos das discriminantes deixam de existir, devendo o agente responder pelas desnecessárias lesões causadas ao bem jurídico ofendido”³⁵.

O excesso doloso ou consciente ocorre quando o agente quer um resultado além do necessário. Responderá, em relação ao excesso, por crime doloso. Exemplo: o sujeito, em legítima defesa, fere gravemente seu agressor e o derruba, no entanto, mesmo após não oferecer mais perigo, excede-se e ainda o fere levemente. A lesão grave praticada será afastada pela incidência da legítima defesa, mas será responsabilizado pela lesão corporal leve em virtude do excesso.

Já o excesso culposos ou inconsciente acontece quando, o agente, embora não queira o resultado, por não tomar o cuidado objetivo devido, acaba causando um resultado superior ao necessário. Geralmente, consequência da desatenção, imponderação ou demasiada

³⁴ DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 6. ed. atual e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.50.

³⁵ CAPEZ, Fernando. Op. cit. p. 286.

precipitação. Responderá, no que tange ao excesso, por crime culposo, caso haja previsão legal.

Diante dessa, abordagem, percebemos que o defensor deve agir dentro dos limites necessários para repelir a agressão. Evitando-se, com isso, que a legítima defesa se torne um instrumento de vingança privada para punir os agressores. Consoante ao que foi dito, Nucci sustenta que: “a escolha do meio defensivo e o seu uso importarão na eleição daquilo que constitua a menor carga ofensiva possível, pois a legítima defesa foi criada para legalizar a defesa de um direito e não para a punição do agressor”³⁶.

4.4.5 Elemento subjetivo da legítima defesa

O elemento subjetivo da legítima defesa (*animus defendi*) é a vontade livre e consciente de defender-se da agressão e, ainda, o conhecimento da situação justificante. Então, mesmo que haja uma injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem, a legítima defesa será afastada se o agente desconhecia essa situação. Por exemplo: não age em legítima defesa uma mulher que fica a espreita esperando o marido voltar da orgia noturna, movida pelo *animus necandi* (intenção de matar), pensa estar alvejando o marido, mas atinge o ladrão armado que estava tentando adentrar em sua residência, causando-lhe a morte. Nessa situação, falta-lhe o requisito de ordem subjetiva, ou seja, o conhecimento da agressão e a vontade de se defender. Devendo, portanto, no caso, responder pelo crime de homicídio previsto no art. 121 do Código Penal.

Apesar do art. 25 do Código Penal, explicitar o conceito e os requisitos objetivos da legítima defesa, a doutrina e a jurisprudência, de um modo majoritário, vislumbram a necessidade do chamado requisito subjetivo da legítima defesa - *animus defendi* - para incidência da discriminante em tela. Por isso, faz-se mister trazer a lume a opinião de ilustres doutrinadores.

Mirabete, *verbi gratia*, destaca a necessidade da presença do elemento subjetivo, para que a conduta do agente esteja sob a égide da discriminante, ao aduzir que:

Para a maioria dos doutrinadores, presentes no fato os elementos objetivos constantes da norma permissiva, deixa ele de ser antijurídico, não se indagando do conteúdo subjetivo que levou o agente a praticá-lo. Para que o agente atue juridicamente, contudo, é necessário que, além de estarem

³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 231.

presentes os elementos objetivos das discriminantes, preencha também o elemento subjetivo. Inexistirá a legítima defesa, quando, por exemplo, o sujeito atirar em um ladrão que está à porta de sua casa, supondo tratar-se do agente policial que vai cumprir o mandado de prisão expedido contra o autor do disparo³⁷.

No mesmo sentido, temos a opinião de Rogério Greco, que segundo ele:

Para que se possa falar em legítima defesa não basta só a presença de seus elementos de natureza objetiva, elencados no art. 25 do Código Penal. É preciso que além deles, saiba o agente que atua nessa condição, ou pelo menos, acredita agir assim, pois caso contrário, não se poderá cogitar de exclusão da ilicitude de sua conduta, permanecendo esta, ainda contrária ao ordenamento jurídico³⁸.

Fernando Capez, também corrobora com o pensamento:

Mesmo que haja agressão injusta, atual ou iminente, a legítima defesa estará completamente descartada se o agente desconhecia essa situação. Se, na sua mente, ele queria cometer um crime e não se defender, ainda que, por coincidência, o seu ataque acabe sendo uma defesa, o fato será ilícito³⁹.

Como no direito, dificilmente encontramos posições absolutas, destacamos o ilustre penalista Celso Delmanto, que sustenta uma posição diversa, pois acredita que o princípio da legalidade seria violado, caso a excludente fosse denegada a pretexto da ausência de seu elemento subjetivo, conforme comentário que se segue:

Para a doutrina finalista, inspiradora da reforma de 84, a legítima defesa não prescinde da vontade de defender-se. Todavia, ao contrário do que se dá no art. 24, esse requisito subjetivo não vem expresso nas demais discriminantes. Assim, parece-nos, que o princípio da legalidade impede a rejeição da discriminante, a pretexto da falta de um elemento subjetivo não pedido, expressamente pela lei⁴⁰.

Também discordando da exigência do *animus defendi*, Zaffaroni sustenta que a discriminante é puramente objetiva e, que a exigência do seu conteúdo subjetivo está na concepção da justificação como uma derrogação de uma proibição⁴¹.

Assim, é preciso não olvidar que a presença do *animus defendi* é crucial para caracterização da legítima defesa. Traduzindo-se na vontade livre e consciente de defender a si ou a terceiro de uma agressão.

4.5 Efeitos civis da legítima defesa

³⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit. p. 175-176.

³⁸ GRECO, Rogério. Op. cit. p. 353.

³⁹ CAPEZ, Fernando. Op. cit. p. 285-286.

⁴⁰ DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 6. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.49.

⁴¹ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Ediar, 2000, p. 573.

O nosso ordenamento jurídico, acertadamente, tutela o direito ou o interesse daquele que está, injustamente, sendo agredido e, se defende dentro dos limites legais. Assim, aquele que, violando direito alheio, pratica uma agressão (ato ilícito), não poderá reclamar uma reparação civil, caso sofra algum prejuízo (dano). Haja vista, que, aquele que atua em legítima defesa não pratica ato ilícito, conforme preconiza o art. 188 do Código Civil:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I – Os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.

Rogério Greco ao comentar os efeitos civis da legítima defesa, fez o seguinte comentário acerca do dispositivo supracitado:

Aquele que atua em legítima defesa não pratica ato ilícito capaz de suportar a obrigação de indenizar. Aqui temos em confronto um bem que se procura defender em face de uma injusta agressão contra ele praticada. Assim, prefere o ordenamento jurídico tutelar o bem injustamente agredido, e, se porventura o agressor vier a sofrer danos, não lhe caberá o direito de pedir indenização contra aquele que, defendendo lícitamente seu bem ou interesse, fazendo cessar a injusta agressão que era levada a efeito, com sua atitude causou danos no agressor⁴².

5 ESPÉCIES DE LEGÍTIMA DEFESA

5.1 Legítima defesa autêntica

A legítima defesa autêntica (real) é aquela em que a situação de agressão existe, efetivamente, no mundo concreto dos fatos. Havendo, portando, uma agressão injusta que poderá ser refutada pela vítima, nos limites estabelecidos em lei.

5.2 Legítima defesa putativa

⁴² GRECO, Rogério. Op. cit. p. 369.

A legítima defesa putativa (imaginária) se consubstancia no fato da agressão só existir na mente do agente, em outras palavras, a suposta agressão é imaginária. Com isso, só o agente acredita, por uma interpretação equivocada da realidade, que está sendo ou virá a ser agredido injustamente. Altayr Venzon esclarece que:

Segundo a melhor doutrina, entende-se por excludentes putativas as excusas absolutórias, também denominadas causas de justificação ou causas de inculpabilidade em que o autor, em razão de uma estruturação errônea do campo físico em sua conduta alega inculpabilidade pelo ato anti-social praticado⁴³.

Outra opinião, não menos importante, é a de Fernando Capez ao assinalar que a eximente putativa “é a errônea suposição da existência da legítima defesa por erro de tipo ou de proibição. Só existe na imaginação do agente, pois o fato é objetivamente ilícito”⁴⁴.

Destarte, podemos afirmar que a legítima defesa imaginária se enquadra nas chamadas discriminantes putativas, previstas no § 1º do art. 20 do Código Penal, que expõe:

§ 1º É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos”.

Para melhor esclarecer a legítima defesa putativa convém apresentarmos um exemplo hipotético: imaginemos que Tício esteja em um ponto de ônibus deserto, em uma rua escura, quando percebe vindo em sua direção, andando apressadamente, o seu maior inimigo que já o havia ameaçado de morte em outras oportunidades. Imaginando que seria morto pelo autor das ameaças, usa a pistola que trazia consigo e mata seu inimigo. Entretanto, este nem havia percebido que Tício estava no ponto de ônibus, pois na verdade estava indo a uma festa na casa de um amigo. Pelo exposto, percebe-se que o autor das ameaças não causaria nenhuma agressão. No entanto, Tício imaginando-se em legítima defesa, perpetró os disparos que culminaram com a morte do autor das ameaças. Como, concretamente, não havia agressão alguma que merecesse ser repelida, haja vista tratar-se de uma agressão imaginária, dizemos que a legítima defesa foi putativa.

5.3 Legítima defesa recíproca

⁴³ VENZON, Atayr: Excessos na Legítima Defesa. 1. ed. Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 41.

⁴⁴ CAPEZ, Fernando. Op. cit. p. 289.

Através de uma simples interpretação do art. 25 do Código Penal, verificamos a total impossibilidade de existir a chamada legítima defesa recíproca (real x real). Pelo fato de tratar-se de duas agressões contrárias ao direito. Haja vista que para a incidência da discriminante, faz-se mister que haja uma agressão injusta e que a defesa seja legítima, ou seja, conforme o direito. Logo, é impossível que duas pessoas estejam agindo em legítima defesa recíproca. Convém, ainda, destacar que se ao final da instrução processual se tornar impossível determinar quem teve a iniciativa da agressão, colocando o agredido em situação de legítima defesa, ocorrerá a absolvição de ambos os réus, em virtude do princípio do *in dubio pro reo*⁴⁵.

5.4 Legítima defesa sucessiva

O excesso na realização da legítima defesa é antijurídico e pode provocar o que se convencionou chamar legítima defesa sucessiva. Onde o agressor original pode repelir o excesso. Como, por exemplo: quando um ladrão é surpreendido furtando uma residência e, após ser totalmente dominado pelo proprietário e não oferecer mais resistência. O proprietário deverá segurá-lo à força até que a polícia chegue (constrangimento admitido pela legítima defesa). Nesse momento, não poderá propositadamente ofender a sua integridade física, caso em que daria autorização para o ladrão se defender. O que daria ensejo à legítima defesa sucessiva. Em outras palavras, após o ofendido ter alcançado os fins colimados pela lei, qual seja, fazer cessar a agressão injusta, não mais poderá prosseguir, sob pena de entrar na seara do excesso punível e, por conseguinte, ser passível de sofrer a legítima defesa sucessiva.

Neste diapasão, expõe Rogério Greco:

A agressão praticada pelo agente, embora inicialmente legítima, transformou-se em agressão injusta quando incidiu no excesso. Nessa hipótese, quando a agressão praticada pelo agente deixa de ser permitida e passa a ser injusta, é que podemos falar em legítima defesa sucessiva, no que diz respeito ao agressor inicial⁴⁶.

5.5 Legítima defesa com erro na execução (*aberratio ictus*)

⁴⁵ GRECO, Rogério. Op. cit. p. 356.

⁴⁶ GRECO, Rogério. Op. cit. p. 411.

É cabível a hipótese de legítima defesa com erro na execução, pois segundo o art. 73 do Código Penal:

Art. 73 Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no § 3.º do art. 20 deste Código. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70 deste Código.

Dessa forma, podemos aclarar que é o erro que ocorre durante a execução dos atos necessários ao exercício da legítima defesa. Como, por exemplo, quando uma pessoa se defendendo de uma agressão injusta, acaba atingindo terceiro inocente ou, então, atingindo o agressor e o terceiro inocente. Nas duas hipóteses a legítima defesa não será afastada, haja vista que, a luz da interpretação do art. 73, do Código Penal, a pessoa que está se defendendo responderá pelo fato como se tivesse atingido o agressor.

Rogério Greco, assim, opina sobre o tema:

Pode ocorrer que determinado agente, almejando repelir agressão injusta, agindo com *animus defendi*, acabe ferindo outra pessoa que não o seu agressor ou mesmo a ambos (agressor e terceira pessoa). Nesse caso, embora tenha sido ferida ou mesmo morta outra pessoa que não o seu agressor, o resultado advindo da aberração no ataque (*aberratio ictus*) estará também amparado pela causa de justificação da legítima defesa, não podendo, outrossim, por ele responder criminalmente⁴⁷.

Por fim, devemos esclarecer que apesar da não responsabilização criminal do agente em relação ao terceiro inocente, a responsabilidade civil não será afastada.

5.6 Ofendículos

Em linhas gerais, os ofendículos podem ser entendidos como ‘certos meios’ ofensivos previamente preparados para a defesa da propriedade e, por via de consequência, para defesa dos demais direitos passíveis de sofrer alguma agressão injusta. Estes mecanismos, geralmente, são: cercas eletrificadas, animais ferozes, cacos de vidro em muros, armadilhas e outras sortes de engenho. Em outros termos, são mecanismos aceitos pelo nosso ordenamento jurídico que evitam ou dificultam a entrada de um invasor em determinada propriedade.

⁴⁷ GRECO, Rogério. Op. cit. p. 367.

Ofendículos, na definição de Mirabete “são aparelhos predispostos para a defesa da propriedade (arame farpado, cacos de vidro em muro, etc.) visíveis e a que estão equiparados os meios mecânicos ocultos (eletrificação de fios, de maçanetas de porta, a instalação de armas prontas para disparar à entrada de intrusos)”⁴⁸.

Apesar da opinião de Mirabete que vê nos ofendículos um meio de defesa apenas da propriedade, Rogério Greco discorda, pois entende que eles não são exclusivos para defesa do patrimônio, pois em sua visão, também se prestam a defesa da vida, da integridade física e etc., de todos aqueles que recorrem a estes dispositivos como artefatos de defesa⁴⁹.

Quanto à natureza jurídica dos ofendículos, torna-se inútil questionar se a exclusão da ilicitude se dá em virtude da legítima defesa preordenada ou do exercício regular de direito, pois o fato é que o ordenamento jurídico pátrio permite a sua utilização como forma de defesa. Entretanto, é preciso não olvidar que para sua utilização, o agente terá que tomar algumas precauções para que não venha a ser responsabilizado pelas consequências do seu mau uso. Nesse sentido, felizes são os ensinamentos de Aníbal Bruno:

A zona do lícito termina necessariamente onde começa o abuso. É preciso que o valor do bem justifique o dano possível a ser sofrido pelo agressor, e que os meios de proteção sejam dispostos de modo que só este possa vir a sofrer o dano como réplica do direito ao seu ato injusto e não possam constituir perigo para qualquer outro inocente⁵⁰.

Francisco de Assis Toledo faz ponderações críticas a esses mecanismos de defesa, ao afirmar que “esses métodos cuja necessidade é muito discutível e cuja eficácia só se revela infalível contra inocentes, raramente contra os profissionais do crime que, em geral, os conhecem e sabem como vencê-lo”⁵¹. Apesar da crítica, não há como negar a legalidade da utilização do ofendículos que se perfaz no emprego de animais e engenhos mortíferos na defesa de um direito.

⁴⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit. p. 191.

⁴⁹ GRECO, Rogério. Op. cit. p. 368.

⁵⁰ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1984. t. 2, p. 9.

⁵¹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Ilícitude Penal e Causas de sua Exclusão**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 88.

6 CONCEITO E PROTEÇÃO JURÍDICA DA HONRA

6.1 Conceito de honra

O conceito de honra é extremamente subjetivo e dependente da axiologia social. Pois é evidente que os valores inerentes à dignidade da pessoa humana não são os mesmos em todos os tempos e lugares. Sendo certo que, algo pode ser considerado honroso para alguns, mas outros podem, assim, não entender. O que outrora fora considerada uma conduta desonrosa pela coletividade, pode, hoje, ser vista com bons olhos por esta mesma coletividade. Mormente, em razão, da mutabilidade dos valores sociais. Outro fator que também influi na conceituação da honra é a leitura social que cada indivíduo faz do mundo a sua volta, sendo, portanto, algo bem particular a noção que cada indivíduo tem do que vem a ser a honra. Mas

de uma coisa ninguém duvida, uma pessoa sem honra sempre terá grandes dificuldades de se relacionar com seus semelhantes, o que destarte, obstará e muito a sua escalada para ser bem sucedido.

Em virtude da subjetividade na construção de um conceito adequado, faz-se mister apresentarmos alguns conceitos elaborados por dois renomados juristas.

Nas palavras de Magalhães Noronha, a honra conceitua-se “como um complexo ou conjunto de predicados ou condições da pessoa que lhe conferem consideração social e estima própria”⁵².

Já para Pontes de Miranda a honra tinha a seguinte conotação: “a dignidade pessoal, o sentimento e a consciência de ser digno, mais a estima e consideração moral dos outros dão o conteúdo do que se chama honra”⁵³.

Traçando um paralelo entre as duas conceituações supracitadas, percebemos que a honra, sob o prisma da dignidade pessoal, pode ser entendida como o bom conceito que o homem desfruta junto a seus semelhantes e, ainda, tudo aquilo que ele pensa de si mesmo, isto é, a sua auto-estima.

Agora buscaremos a conceituação dada à palavra honra segundo três dicionários muito utilizados aqui no Brasil. Com o intuito de demonstrar que, mesmo entre livros de mesmo objetivo, encontraremos significados diversos dado ao mesmo vocábulo.

Dicionário Aurélio:

1. Consideração à virtude, ao talento, à coragem, à santidade, às boas ações ou às qualidades de alguém; 2. Sentimento de dignidade própria que leva o indivíduo a procurar merecer a consideração geral; pundonor, brio; 3. Dignidade; 4. Grandeza, glória⁵⁴.

Dicionário Michaelis:

1. Sentimento que leva o homem a procurar merecer e manter a consideração pública. 2. Pundonor. 3 Consideração ou homenagem à virtude, ao talento, às boas qualidades humanas. 4. Probidade. 5. Fama, glória. 6. Celebridade. 7. Pessoa que por talento ou virtudes ilustra a classe, a instituição, o país a que pertence. 8. Cada um dos cinco trunfos maiores no jogo da imperial. 9. Castidade; pureza. 10. Virgindade⁵⁵.

Dicionário Silveira Bueno: “Virtude; fama; glória; respeito; título honorífico; honraria; dama de honra: jovem que, nos casamento participa do cortejo da noiva”⁵⁶.

⁵² NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 26. ed., São Paulo: Saraiva, 1994, V2, p. 110.

⁵³ MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**, T. VII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 44.

⁵⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário da Língua Portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 170.

⁵⁵ <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=honra>

⁵⁶ BUENO, Silveira. **Minidicionário da Língua Portuguesa**. ed. rev. e atual. São Paulo: FTD, 2000, p. 414.

No meio jurídico, é muito usual conceituar a honra dividindo-a em uma parte objetiva e outra subjetiva. O que, didaticamente, ajuda na leitura dos fatos concretos.

A honra objetiva está conectada ao prestígio, à reputação, ao bom nome, enfim se consubstancia na opinião de terceiros em relação aos atributos físicos, intelectuais e morais de um indivíduo. Sendo assim, quando se fala que determinada pessoa goza de boa ou má reputação no meio social, está se referindo a sua honra objetiva, que vem a ser aquilo que os demais integrantes da sociedade pensam sobre ela, ou seja, é o respeito que a pessoa desfruta no meio social.

O italiano Adriano de Cupis sustenta que “a boa fama da pessoa constitui o pressuposto indispensável para que ela possa progredir no meio social e conquistar um lugar adequado; e, por sua vez, o sentimento, ou consciência, da própria dignidade pessoal representa uma fonte de elevada satisfação espiritual”⁵⁷.

Os crimes de calúnia e o de difamação, previstos no Código Penal, ofendem a honra objetiva, pois atingem a reputação que o ofendido possui diante de seus pares, de modo que o indivíduo poderá, em decorrência disso, ter prejuízos de ordem moral e patrimonial. Como, por exemplo, perder clientes em seu escritório de advocacia, perder o emprego, sofrer discriminações e etc. Nos exemplos citados, além de se invocar a responsabilidade penal dos ofensores, poderá, ainda, invocar a responsabilidade civil dos ofensores, solicitando a reparação dos danos experimentados.

O conceito de honra é bem amplo e, por isso, na sua parte objetiva pode alcançar, além das pessoas físicas, as pessoas jurídicas, Conforme já está consagrado na Súmula 227 do STJ: “a pessoa jurídica pode sofrer danos morais”.

De acordo com a jurisprudência do STJ, a honra objetiva da pessoa jurídica pode ser ofendida, por exemplo, pelo protesto indevido de título cambial; cabível, então, ação de indenização, por dano moral, sofrido por pessoa jurídica, visto que a proteção dos atributos morais da personalidade não está reservada somente às pessoas físicas⁵⁸.

No mesmo sentido, o voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, no julgamento do Recurso Especial nº 60.033, que merece transcrição:

Quando se trata de pessoa jurídica, o tema da ofensa à honra propõe uma distinção inicial: a honra subjetiva, inerente à pessoa física, que está no psiquismo de cada um e pode ser ofendida com atos que atinjam a sua dignidade, respeito próprio, auto-estima, etc, causadores de dor, humilhação, vexame; a honra objetiva, externa ao sujeito, que consiste no respeito, admiração, apreço, consideração que os outros dispensam à pessoa. Por isso se diz ser a injúria um ataque à honra subjetiva, à dignidade da pessoa,

⁵⁷ CUPIS, Adriano. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. Lisboa: Livraria Moraes, 1961, p. 111-112.

⁵⁸ STJ, 3ª Turma, Resp. 147702/MA, Ministro Relator: Waldemar Zveiter, DJ. 21.11.1997

enquanto a difamação é ofensa à reputação que o ofendido goza no âmbito social onde vive. A pessoa jurídica, criação de ordem legal, não tem capacidade de sentir emoção e dor, estando por isso desprovida de honra subjetiva e imune à injúria. Pode padecer, porém, de ataque à honra objetiva, pois goza de uma reputação junto a terceiros, passível de ser abalada por atos que afetam o seu bom nome no mundo civil ou comercial onde atua. (REsp nº 60.033-2-MG-DJ de 27.11.95)

Já a honra subjetiva diz respeito à opinião do indivíduo sobre si mesmo, em relação a seus atributos físicos, intelectuais, morais, à sua auto-estima, a sua dignidade pessoal. Trata-se do seu amor próprio, sendo indiferente que terceiro tome conhecimento da ofensa, para a consumação, por exemplo, do crime de injúria, sendo suficiente que o indivíduo se sinta maculado em sua honra subjetiva.

Uma outra classificação doutrinária é a que distingue a honra em: honra dignidade e honra decoro. A honra dignidade engloba os aspectos morais, como a honestidade, a lealdade e a conduta moral como um todo. Já a honra decoro vem a ser todos os predicativos que não estão atrelados a moral, tais como a inteligência, o preparo físico e a sagacidade.

Existe, também, uma terceira classificação que divide a honra em comum e profissional. A honra comum é a inerente a todos os homens, já a honra profissional está vinculada à formação profissional do indivíduo.

6.2 Proteção jurídica da honra

O ingresso dos direitos da personalidade como categoria de direito subjetivo é relativamente recente, no entanto, desde a antiguidade, já havia previsão de sua tutela jurídica. Como, *verbi gratia*, punindo ofensas físicas e morais à pessoa, através da *actio injuriarum*, em Roma. De certa forma, a partir do Cristianismo houve um despertar para os direitos da personalidade, principalmente, por influência da idéia de fraternidade universal. Durante a idade média, embora de forma implícita, adotou-se o entendimento que o homem constituía o fim do direito, haja vista que direitos próprios dos seres humanos passaram a integrar a Carta Magna (séc. XIII) da Inglaterra.

Entretanto, o divisor de águas que, efetivamente, impulsionou a proteção aos direitos individuais e a valorização da pessoa humana foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, na França.

Não obstante, após a Segunda grande Guerra, principalmente, em virtude das atrocidades cometidas pelos governos totalitários contra a dignidade da pessoa humana, ficou latente que os chamados direitos da personalidade deveriam ser tutelados de forma mais

veemente, por isso, tais direitos foram resguardados na Assembléia Geral da ONU de 1948, na Convenção Européia de 1950 e no Pacto Internacional das Nações Unidas.

Contudo, na seara do direito privado seu desenvolvimento tem sido mais devagar, apesar da sua previsão em várias Constituições alhures. O Código Civil francês de 1804 previa os direitos da personalidade de forma bem superficial, sem defini-los. O Código Civil português de 1866 e o italiano de 1865 não chegaram, sequer, a fazer alguma menção a tais direitos. Já o Código Civil italiano de 1942 os contempla nos artigos 5º a 10. O atual Código Civil português insere-os nos artigos 70 a 81. No Brasil, com o advento do Código Civil de 2002, esses direitos ganharam destaque nos artigos 11 a 21.

Com a promulgação da Constituição Federal em 1988, que inseriu o respeito à dignidade da pessoa humana, em seu art. 1º, III, e, também, estabeleceu uma tutela genérica aos direitos da personalidade no inciso XLI, do art. 5º, aconteceu uma reestruturação dogmática dos direitos que valorizam e protegem o homem em sua essência.

É indubitável que a honra, sendo um dos direitos da personalidade, conta hoje com razoável proteção no Direito Pátrio, havendo dispositivos jurídicos de proteção na Constituição Federal, no Código Penal, no Código Civil e em outras Leis extravagantes. Mas tal proteção ainda não é a adequada, pois não basta a sua previsão em lei, eficácia jurídica, para que a lei seja aplicada, deve haver sim uma eficácia social *lato sensu*, onde todos possam entender o caráter bilateral das normas e, a importância do respeito mútuo. Ademais, alguns seguimentos da Magistratura buscam apequenar afrontas a estes direitos. Nas fundamentações de muitos acórdãos e sentenças civis, não é raro encontrarmos os danos morais reduzidos a ‘meros aborrecimentos do dia-dia’. Ora, falta, ainda, ao nosso ordenamento jurídico, mecanismos que possibilitem a incidência concreta e eficaz dessas normas aos casos concretos. De modo, a reforçar o caráter preventivo da norma, para que todos percebam que não vale a pena violar tais direitos, sob pena de possível responsabilização.

6.2.1 Proteção da honra no direito constitucional

O ser humano tem direito à vida, à integridade física e psíquica, mas também tem o direito de não ter a sua **honra** maculada. Justamente, por isso, o seu patrimônio moral que está englobado nos chamados direitos da personalidade também recebe proteção especial do direito, havendo, inclusive, previsão constitucional. Esta proteção começa pelo inciso III, do

art. 1º que estabelece que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. No inciso XLI, do art. 5º, ocorre uma tutela genérica, pois determina que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. De forma mais específica à defesa da honra encontra-se consignada nos incisos V e X, do art. 5º, a seguir transcritos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a **honra** e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

A proteção à honra determina a defesa de um interesse individual, por se tratar de um bem personalíssimo. No entanto, Tutelando a honra, o constituinte de 1988 defende muito mais o interesse social do que o interesse individual, pois não está, somente, evitando vinditas e afrontas à imagem física do indivíduo. Muito mais do que isso, ele está evitando que se frustrasse o justo empenho da pessoa física em merecer boa reputação em virtude do seu comportamento zeloso, voltado ao cumprimento de deveres socialmente úteis⁵⁹.

Faz-se mister explicitar o pensamento de Maria Helena Diniz ao comentar a importância dos direitos da personalidade terem proteção constitucional.

A importância desses direitos e a posição privilegiada que vem ocupando na Lei Maior são tão grandes que sua ofensa constitui elemento caracterizador de dano moral e patrimonial indenizável, provocando uma revolução na proteção jurídica pelo desenvolvimento de ações de responsabilidade civil e criminal⁶⁰.

6.2.2 Proteção da honra no direito civil

Todos os indivíduos são detentores do direito à honra e, principalmente, do direito de não vê-la ser aviltada ou maculada, seja nas suas relações de direito civil em geral ou nas suas relações de âmbito familiar. A ofensa à honra pode ter vários desdobramentos dentro do universo jurídico. Sendo um deles, o dever de indenizar, para que haja a reparação do dano, ou ainda, uma tentativa de amenizar as perdas. Só para destacar a importância da reparação

⁵⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2001, p.105.

⁶⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 20. ed. São Paulo : Saraiva, 2003, p. 119.

civil em tela, convém relatar que nesse aspecto pode ocorrer, *verbi gratia*, que a imputação de homossexualidade ao homem ou à mulher que não sejam, nessa ordem, afeminado ou lésbica e, ainda que sejam, não tenham o interesse de assumir a opção sexual diante da sociedade, pode ofender diretamente a honra, tanto no aspecto subjetivo, quando não forem homossexuais, quanto no aspecto objetivo. Sendo certo que, uma declaração, dessa natureza, pode trazer danos irreversíveis para quem os suporta. Pois ao revelar fatos íntimos, ainda que verdadeiros, relativos à opção sexual da pessoa, faz com que esta seja ridicularizada pelos seus pares, seja exposta ao deboche público, dentre outras conseqüências nefastas, muitas vezes irreparáveis, pois não há dinheiro no mundo que desfça determinado mal entendido, retornando as coisas a um *statu quo*, ou seja, no estado em que as coisas se encontravam.

Um outro exemplo, apenas para ilustrar, seria a ofensa à honra praticada por um dos cônjuges contra o outro, que em face da nossa legislação, art. 1572, do Código Civil, esse fato pode servir de embasamento para ação de separação judicial, com apreciação de culpa, condenando o cônjuge culpado na prestação de alimentos, como também pode ser objeto de apreciação em ação de indenização própria. Além disso, o cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perderá o direito de usar o sobrenome do outro, dentre outras ações possíveis.

Os chamados direitos da personalidade estão previstos nos artigos 11 a 21 do Código Civil. A proteção da honra está inserida neste contexto e, por conseguinte, a sua violação é passível de Ação de Reparação de Danos Morais e Patrimoniais, conforme se infere da interpretação do artigo 12 e de seu parágrafo único, a seguir transcrito:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta ou colateral até o quarto grau.

6.2.3 Proteção da honra no direito penal

A honra também encontra proteção em nossa legislação penal. Sendo, por isso, considerada crime a conduta que se ajuste ao tipo penal. Os crimes contra a honra estão tipificados no Código Penal, em sua parte especial, Título I, Capítulo V, sob a rubrica “dos

crimes contra a honra”. São delitos que ofendem bens imateriais da pessoa humana, no caso, a sua honra pessoal.

Os crimes são os seguintes: calúnia (art. 138, CP), difamação (art. 139, CP) e injúria (art. 140, CP). O objeto jurídico tutelado pelo direito é um bem imaterial, relativo à personalidade humana (a honra). Nos crimes de calúnia e difamação temos uma afronta à honra objetiva do indivíduo, onde, basicamente, leva-se em consideração os que as pessoas pensam sobre o indivíduo, já no crime de injúria temos um ataque à honra subjetiva, que se perfaz no que a pessoa pensa de si mesmo, numa afronta ao seu amor próprio.

Estes crimes em sua natureza jurídica são considerados crimes formais. Onde o agente age com dolo de dano, ou seja, com o fim de lesionar a honra alheia. E para que estes crimes se consumam prescinde que advenha algum resultado. Em outras palavras não existe a necessidade do efetivo dano à honra.

6.2.4 Proteção da honra em leis extravagantes

Os crimes contra honra não estão previstos apenas no Código Penal, eles também estão dispostos em legislações especiais, mas cometidos em circunstâncias diferentes. Sendo assim, é mister primeiro analisarmos se a conduta se ajusta a um dos delitos previstos nas legislações especiais e, somente depois tentarmos enquadrar o fato em um dos tipos do Código Penal. Dentre as leis especiais, podemos destacar as seguintes: Lei de Imprensa, Código Eleitoral, Lei de Segurança Nacional e Código Militar.

6.3 Legítima defesa nos crimes de calúnia, injúria e difamação, do Código Penal

O instituto da legítima defesa alcança qualquer bem protegido pelo nosso ordenamento jurídico. E a honra, por englobar o patrimônio moral de qualquer pessoa e ser um bem com proteção até mesmo constitucional, logicamente, também pode ser objeto de defesa. No entanto, é importante observar que a conduta defensiva deve se ajustar perfeitamente aos requisitos legais da discriminante em estudo.

No caso particular dos crimes contra a honra, previstos no Código Penal, o requisito da atualidade ou da iminência da agressão é o que deve ser observado de forma mais contundente, haja vista que os crimes de calúnia, difamação e injúria são delitos formais, ou seja, de mera atividade, não necessitando, portanto, de resultado. São ditos de consumação antecipada.

No delito de injúria verbal (art. 140, CP), a consumação ocorre quando a ofensa chega ao conhecimento do ofendido, o que destarte, dificulta a prática da legítima defesa, porque nesse momento o ataque ao bem jurídico já foi perpetrado. Agora, pode ocorrer que o indivíduo para evitar a reiteração das injúrias verbais agrida o injuriador, de forma a fazer cessar a agressão, incidindo nessa hipótese o requisito da atualidade da agressão e, estando presente os demais requisitos, por via de consequência, a sua conduta estará pautada na legítima defesa.

Ainda em relação ao crime de injúria verbal, não se pode confundir a retorsão imediata que consista em outra injúria, com a legítima defesa. Pelo fato de não se ajustar com o requisito da iminência ou atualidade da agressão. Quando ocorre a retorsão, a injúria já foi proferida, ou seja, a agressão já está consumada, não mais podendo se cogitar da incidência da eximente em tela. A legítima defesa se presta a uma ação preventiva ou, ainda, uma ação para fazer cessar uma agressão injusta a bem jurídico, mas não pode ser utilizada como instrumento de vingança ou exercício arbitrário das próprias razões.

A injúria real que se caracteriza pelo emprego de violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, sejam considerados aviltantes e ofensivos, pode ser objeto de legítima defesa. Através da utilização moderada dos meios necessários para repelir a injusta agressão. A legítima defesa nestas circunstâncias tem por objetivo proteger tanto a honra quanto a incolumidade física.

Já nos crimes de calúnia e difamação, por se consumarem quando a imputação chega ao conhecimento de outrem. A incidência da legítima defesa se torna mais difícil. Principalmente, quando esses delitos forem verbais, onde a imputação se perfaz num único ato (crime unissubsistente). Porém, se esse delitos forem escritos, crimes plurissubsistente, a possibilidade de legítima defesa é mais real, em virtude de haver um *iter criminis*, podendo o agente agir nesse lapso temporal.

7 LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA E OS HOMICÍDIOS PASSIONAIS

7.1 A paixão e o crime passional

Os homicídios em que o agente possui um relacionamento sexual ou amoroso com a vítima ficaram conhecidos como passionais, em virtude, deste termo derivar da paixão. Todo crime, de certa forma, pode ser considerado passional, pois deriva de paixão *lato sensu*. Num primeiro momento, após um exame superficial dos fatos, é possível que alguém ache a conduta do homicida nobre, afinal de contas, a paixão é derivada do amor. E ele teria ceifado a vida da vítima para lavar a sua honra ou, então, por não suportar a perda de seu objeto de desejo. Todavia, o que move a conduta do agente nos homicídios passionais não é a paixão derivada do amor, mas sim a derivada do ódio, da busca de vingança, da frustração, do sentimento de posse, do ciúme ignóbil. Capez revela que “o ciúme excessivo deformado pelo egoístico sentimento de posse, é a paixão em sua forma mais perversa”⁶¹.

Importante desmistificar que paixão não é sinônimo de amor, contudo, pode decorrer dele, quando, então, será doce, terna e gentil, apesar de intensa e perturbadora. O crime de

⁶¹ CAPEZ, Fernando. Op. cit. p. 317.

amor nada tem desse sublime sentimento, sendo seus componentes apenas o orgulho ferido, o ódio e a vingança.

A paixão pode derivar do amor, mas também pode expressar sofrimento e angústia, como os tormentos padecidos por Cristo ou pelos mártires.

Segundo o dicionário Michaelis a paixão significa:

1 Sentimento forte, como o amor, o ódio etc. 2. Movimento impetuoso da alma para o bem ou para o mal. 3. Mais comumente paixão designa amor, atração de um sexo pelo outro. 4. Gosto muito vivo, acentuada predileção por alguma coisa. 5. A coisa, o objeto dessa predileção. 6 Parcialidade, prevenção pró ou contra alguma coisa. 7. Desgosto, mágoa, sofrimento prolongado. 8. Os tormentos padecidos por Cristo ou pelos mártires⁶².

Em 1930, o então, professor de Direito Penal na Universidade de Varsóvia, Leon Rabinowicz escreveu um livro chamado ‘o crime passional’, neste livro ele asseverou ao comentar sobre a paixão, que Epicuro falava de três paixões: o desejo, a alegria e a dor. Para os estóicos eram quatro: o desejo, a tristeza, a alegria e o medo. Já para os Cartesianos eram seis: o desejo, a alegria, a tristeza, a admiração, o amor e o ódio. E que segundo eles, o motivo determinante das paixões era a agitação que os espíritos animais produzem no movimento da pequena glândula que está no meio do cérebro⁶³. O que destarte demonstra que os tipos de paixões são infindáveis.

Onde coisas como o jogo, a avareza e a ambição profissional, podem dar lugar a paixões descontroladas. Por exemplo, a paixão por um clube de futebol pode levar uma pessoa tranqüila a cometer um crime horrível. Sendo certo que a paixão descontrolada termina por influenciar a mente humana, por isso, é importante que o indivíduo busque uma postura equilibrada em sua vida. Haja vista que, segundo o art. 28, do Código Penal, a paixão e a emoção não excluem a imputabilidade penal.

A paixão voltada para o bem ou para o mal, já foi sentida ou ainda será por muitas pessoas no decorrer de suas vidas, mas nem, por isso, suprimiram a vida de outras. Pois a paixão por ser um sentimento peculiar aos seres humanos, não pode servir como instrumento de perdão pelo cometimento do delito, servindo apenas para explicá-lo. Logo, saberemos os motivos que levaram o homicida passional a colher a vida de sua amada, destruindo não só a vida da vítima, como também a sua vida, seja no aspecto físico ou psicológico, inclusive, perdendo um bem valiosíssimo que é a sua liberdade. No entanto, isso não retira o caráter delituoso da conduta e, dessa forma, normalmente não recebe aceitação social.

Ivair Nogueira Itagiba faz o seguinte comentário sobre o amor:

⁶² <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=paixão>

⁶³ ELUF, Luiza Nagib. **A Paixão no Banco dos Réus**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 114.

O verdadeiro amor é resignação e auto-sacrifício, ternura e perdão. Transpira animalidade o amor que assassina, gerado do egoísmo paroxístico, da sensualidade bestial, da ameaça da exclusividade da posse, do despique do amante preterido, do ciúme da mulher ofendida na vaidade, da prepotência da concupiscência e do ódio, a que chama sentimento de honra. Nada colhe o argumento de que o crime, na vida dos passionais, é meramente episódico. Esses delinqüentes, na verdade, não reincidem. Mas a ameaça de pena exerce intimidação sobre todos. A impunidade açularia, ao revés, o incremento do passionalismo⁶⁴.

Não é difícil encontrarmos na literatura mundial romances que reproduzem homicídios passionais. E nessas histórias, os fatos são narrados de uma forma tão especial e terna, que uma aura de perdão se estabelece em torno daquele que mata a sua amada, por amor. E isso, de certa forma, contribuiu para dar a esse tipo de crime um certo *glamour*, levando um número muito grande de pessoas aos espetáculos teatrais e ao cinema. O que culminou com um número considerável de sentenças judiciais absolutórias nesses crimes. Até que a sociedade, de uma maneira geral, passou a entender que esse comportamento passional e violento, em especial dos homens, não podia mais ser tolerado. Pois aquele que mata e diz que o fez por amor, na verdade não suportou a idéia de ser trocado por outro homem (ou outra mulher), e tendo o seu orgulho ferido, procura se vingar da pessoa infiel. E, depois, invoca a defesa da sua honra diante do tribunal, mas o que queria demonstrar é que detinha totais poderes sobre o seu objeto de desejo e, por isso, não poderia ter feito aquilo.

Outro aspecto interessante é a preocupação exagerada que o homicida passional tem com a sua reputação. O adultério em si pode não despertar a paixão oriunda do ódio, mas a possibilidade de repercussão do fato no seio social pode. O homicida não é capaz de suportar a idéia de que será motivo de piada por seus amigos. E dessa forma, procura lavar a sua honra com sangue.

Não é comum encontrarmos casos de mulheres que praticaram crimes passionais em nossos tribunais, isso raramente ocorre. Talvez a explicação mais provável seja uma imposição cultural. Ou uma questão de afirmação, pois em regra, as mulheres se sentem menos poderosas socialmente que seus maridos, em virtude de muitas vezes serem economicamente dependentes, o que, de certa forma, inviabiliza um sentimento de posse exagerado. Ademais, as mulheres, geralmente, são mais doces e propensas ao perdão, recebendo, inclusive, uma educação desde pequenas no sentido de compreender a traição masculina, como sendo esta uma espécie de necessidade natural do homem.

Leon Rabinowicz explica a situação da mulher, da seguinte forma:

⁶⁴ Loc. cit.

A mulher traída nem sempre se vinga sobre o marido ou sobre sua cúmplice. Com frequência perdoa, por vezes suicida-se de desespero, quando se vê abandonada para sempre, mas quando toma o partido de se vingar, a sua vingança é atroz. É um traço característico da psicologia da mulher. Exasperada, passa a ser um monstro de ferocidade, que só respira vingança e só pensa em submeter a sua vítima aos mais atrozes sofrimentos. São verdadeiras especialistas da dor⁶⁵.

Para ilustrar, vale a pena trazermos um exemplo clássico de homicídio passional, praticado por uma mulher. É o caso de Neide Maria Lopes, que ficou conhecida como a “Fera da Penha”, que em 06 de junho de 1960, para vingar-se do amante, apanhou a filha deste no colégio, uma menina de apenas 04 anos de idade chamada Tânia, e que após perambular por vários locais, a levou a um terreno baldio, localizado em frente ao Matadouro da Penha, onde lhe deu um tiro na cabeça e, em seguida, com a criança ainda viva, derramou-lhe álcool sobre o corpo e ateou-lhe fogo. Posteriormente, foi condenada a uma pena de 33 anos de reclusão⁶⁶.

Já a educação que os homens recebem é bem diferente, talvez, por isso, tenham tanta dificuldade em lidar com a traição. Sentindo-se diminuídos na superioridade que pretendem ter sobre as mulheres, buscam eliminar a vida da amada infiel.

É preciso que se diga que a fidelidade existe em muitos relacionamentos e que pode perdurar durante toda vida a dois, sendo inclusive, louvável que isso ocorra. Entretanto, é preciso não olvidar que no decorrer dos anos em comum, algumas coisas se transformam nos relacionamentos de algumas pessoas, principalmente, a questão da atração física e o desejo sexual pela mesma pessoa. Tanto os homens quanto as mulheres sentem desejos e possuem fantasias. Inclusive, a própria natureza não determinou a exclusividade sexual, pelo contrário deixou um campo aberto para multiplicidade de parceiros. E isso faz nascer o medo de perder a atenção, a admiração e o afeto do outro, e, portanto, contribui para práticas dos crimes passionais. Como se não houvesse outras formas de se resolver o problema, dentre as quais, o diálogo, o perdão, a terapia de casal, a compreensão e a separação amigável. Pois quem ama, não mata e, a paixão que explica a conduta do passional não é fruto do amor, mas sim do ódio, do desejo de vingança e do medo de ser ridicularizado por outras pessoas.

7.2 Tratamento dado aos crimes passionais no Brasil ao longo dos tempos

⁶⁵ RABINOCWICZ, Leon. **O Crime Passional**. São Paulo: AEA Edições Jurídicas, 2000, p. 135.

⁶⁶ RIBEIRO, Sergio Nogueira. **Crimes Passionais e outros temas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Itambé, 1975, p. 20.

No tempo em que o Brasil ainda era colônia de Portugal, aqui vigia o **Código Filipino**, onde em seu Livro V, Título XXXVIII, existia a previsão da **legítima defesa da honra** que dava permissão ao homem traído para ceifar a vida de sua mulher e de seu amante se surpreendidos em adultério.

No entanto, o dispositivo legal estabelecia algumas exceções, pois não havia, ainda, sido difundida naquela época os ideais de igualdade jurídica e social, consagrada hoje, constitucionalmente, no princípio da igualdade, onde todos são iguais perante a lei. Pois bem, a lei asseverava que quando o marido fosse um peão e o amante fosse um desembargador, fidalgo ou pessoa de maior projeção social, o marido traído não teria permissão para matar, mas caso o fizesse, seria degradado para África. Destacamos o dispositivo legal do Código Filipino:

Achando o homem casado sua mulher em adultério, lícitamente poderá matar assi a ella, como o adultero, salvo se o marido for peão, e o adultero Fidalgo, ou nosso Dezembargador, ou pessoa de maior qualidade. Porém, quando matasse alguma das sobreditas pessoas, achando-a com sua mulher em adultério, não morrerá por isso mas será degradado para África com pregão na audiência pelo tempo, que aos Julgadores bem parecer, segundo a pessoa, que matar, não passando de tres annos⁶⁷.

Em 1830, entrou em vigor o primeiro Código Criminal do Brasil que, após a Carta de 1824 foi considerado o segundo momento legislativo mais importante derivado das Câmaras do Império. Na questão do adultério, diferentemente do que preconizava o Código Filipino, não era mais autorizada a morte da mulher ou de seu companheiro se surpreendidos em atos libidinosos. Diante disso, cada situação seria analisada individualmente. Sendo, possível, inclusive, que a questão fosse vista apenas como circunstância atenuante do crime.

Já o Código Penal de 1890 estabelecia no art. 27, § 4º, que “não são criminosos os que se acharem em estado de completa perturbação de sentidos e de inteligência no ato de cometer o crime”. Entendia-se, na época, que determinados estados emocionais, como, *verbi gratia*, aqueles experimentados pelo marido no momento em que visse sua amada nos braços de um outro homem seriam tão avassaladores que, poderia causar no homem uma insanidade temporária, e neste caso não seria responsabilizado pelos seus atos e, por consequência, não sofreria condenação criminal. Este preceito legal levava à absolvição de praticamente todos os criminosos passionais. Dessa forma, aqueles que imaginavam ter a sua honra ferida passaram a lavá-la com sangue, haja vista a quase certeza da impunidade.

O Código Penal de 1940, promulgado através do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, ainda hoje em vigor, eliminou a excludente de ilicitude referente à

⁶⁷ <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>

perturbação dos sentidos e da inteligência. E ainda, asseverou em seu art. 24 (atual art. 28) que a “emoção e a paixão” não excluem a imputabilidade penal, constituindo apenas, circunstâncias atenuantes (art. 65, III, c, do Código Penal).

Dessa forma, o homicídio passional autêntico passou a ser enquadrado no art. 121, § 1º, ou seja, nos chamados **homicídios privilegiados**, que ocorre quando o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima. Circunstâncias em que o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço. Dessa forma, o passional não ficaria mais impune, apesar de receber uma pena menor que a do homicídio simples. Em relação aos falsos passionais, suas condutas eram enquadradas no homicídio simples ou no qualificado, conforme o caso concreto.

Naquela época, a mudança na legislação significou um grande avanço, que veio coroar o esforço de uma parcela da sociedade que estava indignada com as seguidas absolvições de determinados réus acusados de homicídio passional. Entretanto, a idéia de que o marido traído podia lavar com sangue a sua honra permanecia enraizada na sociedade.

Diante desse novo quadro jurídico, habilitados advogados criaram a tese de legítima da honra, que era bastante utilizada para inocentar seus clientes acusados de homicídio passional. Conforme se infere das palavras de Evandro Lins e Silva:

Nos casos passionais, a legítima defesa da honra foi uma criação dos próprios advogados para chegar a um resultado favorável que fosse *além* do privilégio. Com isso, tornou-se muito freqüente, aconteceu em inúmeros casos – eu próprio defendi diversos – o júri aplicar uma pena que equivalia à pena do homicídio culposo. Isso era possível porque, no exercício da legítima defesa, a própria lei prevê um excesso culposo. (...) como o réu era primário, o juiz normalmente aplicava uma pena de dois anos, que permitia a concessão do *sursis*”⁶⁸.

Sendo assim, apesar do novo Estatuto Repressor ter eliminado a excludente de ilicitude referente à perturbação dos sentidos e da inteligência, o Júri popular, em virtude de suas decisões pautadas em seus valores culturais, terminava por ignorar a nova determinação legal e, dessa forma, acabava por aceitar varias teses de defesa e, isso, culminava com absolvição de um grande número de pessoas. Mormente, aqueles que possuíam condições de pagar um bom advogado. A mais famosa dessas teses foi a da legítima defesa da honra, que foi utilizada com grande êxito para a absolvição de vários criminosos passionais, principalmente, até o início dos anos 80.

⁶⁸ ELUF, Luiza Nagib. Op. cit. p. 165.

7.3 Legítima defesa da honra nos crimes passionais

7.3.1 Caso da vida real

Para melhor entendemos a tese da legítima defesa da honra, utilizada pela defesa nos chamados crimes passionais, bem como os argumentos utilizados pela acusação, faz-se mister primeiro transcrevermos um caso da vida real, relatado por Luiza Nagib em seu livro *a Paixão no Banco dos Réus*. Em que, o então, Procurador de Justiça do Ministério Público de São Paulo, Eduardo Gallo é absolvido duas vezes pelo Tribunal Júri pelo assassinato de sua esposa sob a tese de legítima defesa da honra.

A riqueza de detalhes desse caso é impressionante, demonstrando com absoluta clareza os argumentos de defesa e os de acusação. Segue a transcrição:

Augusto Carlos Eduardo da Rocha Monteiro Gallo e Margot Proença Gallo

No dia 7 de novembro de 1970, Augusto Carlos Eduardo da Rocha Monteiro Gallo, procurador de justiça, suspeitando de que sua mulher, a professora de filosofia do “Colégio Estadual Culto à Ciência” Margot Proença Gallo, lhe era infiel, marcou com ela um encontro na residência do casal, na Rua Jesuíno Marcondes Machado, 70, em Campinas, São Paulo, convencendo-a a ficar a sós com ele para decidirem sobre a separação. Eram 16 horas quando ambos iniciaram uma discussão no interior do quarto do casal. Tomado de incontrolável fúria, sentindo-se traído e ultrajado, Gallo desferiu onze facadas na esposa, matando-a na hora. Em seguida, deixou a residência dirigindo seu carro, levando a arma do crime. Ficou onze dias foragido e depois se apresentou à Polícia. Não foi preso.

No dia em que foi assassinada, Margot trajava blusa de algodão branca e saia xadrez nas cores verde e vermelho. Sapatinho de salto baixo, parecia uma colegial. Tinha 37 anos de idade.

Gallo era membro do Ministério Público do Estado de São Paulo havia 17 anos, quando a tragédia aconteceu. Trabalhava como procurador de justiça e morava em Campinas com a mulher e três filhos, um deles de criação.

Segundo sua versão, dada na Delegacia em 17 de novembro, no dia 3 daquele mês, quatro dias antes do crime, às 18 horas, a empregada anunciou que o jantar estava servido, mas Margot disse que teria de sair e voltaria em cinco minutos. Como todas as terças-feiras

o jantar era servido exatamente no mesmo horário, pois Gallo saía [pg. 53] em seguida para dar aula, ele estranhou a atitude da mulher e resolveu segui-la. Margot foi ao correio postar uma carta. Gallo aproximou-se do guichê por detrás da mulher e conseguiu tomar a carta de sua mão, no momento em que a funcionária se preparava para recebê-la e passá-la pela máquina de selagem. Margot reagiu, tentando retomar o que era seu, e a carta rasgou-se ao meio. Ele pegou o pedaço da carta que ficara em suas mãos e colocou-o no bolso. Margot ainda tentou recuperar a outra metade e chegou a rasgar o bolso da calça do marido, mas não conseguiu apanhá-la.

Ao voltar para casa trazendo parte da carta, Gallo verificou, estarrecido, tratar-se de uma declaração de amor que Margot havia escrito para o Professor Ives Gentilhomme, de nacionalidade francesa, que estivera em Campinas dando um curso do qual Margot havia sido aluna. Gallo lembrou-se de que, durante a permanência do professor na cidade, os desentendimentos do casal haviam-se acirrado, reforçando suas suspeitas de que ela havia se envolvido com aquele homem.

Quando Margot voltou para casa, Gallo a esperava com uma arma de fogo. Ameaçou-a, estapeou-a e fez com que entrasse no carro. Pôs o veículo em movimento, apontou a arma para a cabeça da mulher, ameaçou-a de morte, mas acabou não disparando tiro algum por falta de coragem. Então, entregou-lhe a arma e pediu que o matasse, pois não conseguiria mais viver depois do que acabara de saber. A mulher se livrou da arma e tentou sair do carro, sem conseguir. Gallo, ainda fora de si, procurou jogar o veículo contra algum obstáculo, buscando, segundo ele próprio relatou, a morte de ambos. No entanto, faltou-lhe novamente coragem e, a pouca velocidade, “lançou ridiculamente o carro contra um poste, nada acontecendo”, conforme suas próprias palavras. Manobrou e fez a mesma coisa contra outro poste. Nesse momento, Margot conseguiu sair do carro e entrou em um ônibus que passava, salvando-se, momentaneamente, dos desatinos do marido. Muito deprimido pelo ridículo daquela cena toda e preocupado com a repercussão que o fato poderia ter, Gallo voltou para casa.

Margot chegou algum tempo depois, acompanhada do Delegado de Polícia Luiz Hernandez, que tentou acalmar os ânimos. Passado o incidente daquela noite, Gallo se propôs a deixar a residência do casal e viajar para algum lugar, mas foi demovido da idéia pela mulher. Margot argumentou que não havia nada de concreto entre ela e o professor francês, que tudo não passava de devaneio literário, sendo impossível manter um relacionamento com pessoa que morava tão longe.

Os dias que se seguiram foram tensos, Gallo esteve sob efeito constante de tranqüilizantes. Ele se dizia arrependido por ter batido na mulher, coisa que nunca fizera antes. Prometeu a Margot um carro novo e tentou fazer as pazes. No entanto, ele impunha condições para a reconciliação: queria que a mulher lhe revelasse os “pecados” que havia cometido, a fim de que pudessem recomeçar uma vida “limpa”. Margot insistiu em que não havia mácula em seu comportamento de casada.

Não tardou, porém, para que a empregada Zenilza fomentasse a desavença. Ela contou a Gallo ter percebido a presença do professor francês na residência do casal em algumas ocasiões, quando ele viajava. Gallo, então, iniciou uma investigação particular para encontrar as provas de infidelidade de Margot, inquirindo várias pessoas que tinham, de alguma forma, convivido com a família. Depois, levou as suas testemunhas para contar o que sabiam ao juiz de família da Comarca, já preparando um desquite por culpa da mulher.

Entre os que foram ouvidos estava a filha do casal, Maitê, então com 12 anos de idade, que prestou declarações ao Juiz José Augusto Marin, informando ter visto o mencionado professor na cama de sua mãe, vestido de pijama. Gallo tinha medo de perder a guarda dos filhos e queria garantir que as crianças ficassem com ele após a separação. O juiz era amigo do procurador e ouviu as testemunhas em sua própria casa. Também foi prestar declarações o filho de criação do casal, que, na época, tinha 23 anos, Jorge das Dores Silva, o Zuza. Certa vez, ele surpreendera Margot em casa em companhia de um oficial do Exército. O outro filho do casal, Renê Augusto, tinha 7 anos e não foi ouvido pelo juiz por ser muito criança. Zenilza também contou o que vira ao magistrado.

Não satisfeito com o que já havia descoberto, Gallo procurou uma antiga empregada da família, de nome Maria Bombonato, que com eles havia trabalhado em uma época em que o casal vivia bem, e perguntou por alguma conduta estranha por parte de sua mulher de que ela tivesse conhecimento. Maria informou ter percebido um relacionamento de Margot com um ex-aluno de prenome Milton, pois eles ficavam juntos, trancados no escritório, quando o marido se ausentava de casa.

Com todas essas evidências, Gallo marcou um encontro decisivo com Margot para discutirem o desquite, que, dizia ele, seria amigável. Exigiu que a sogra não estivesse presente no encontro, já que ela vinha acompanhando as discussões do casal e poderia querer ajudar a filha.

Na data do encontro, que terminou em tragédia, ele chegou em casa e encontrou a mulher na porta. Entraram juntos. Gallo narra que, naquele momento, falava com dificuldade por estar deprimido, moralmente arrasado e sob efeito de medicamentos.

Começou dizendo que, no desquite, ele ficaria com os filhos, pois Margot não teria condições morais para guardá-los. Além disso, após a separação, ela deveria sair da cidade porque emporcalhara o seu bom nome, coisa que ele muito prezava, transformando-o em “corno”, maculando a casa dos filhos ao dormir nela com outro homem. Ao ouvir as imposições do marido, Margot ficou

enraivecida e disse não concordar com nada do que ele queria. Afirmou que ele era um “burguesinho”, preso a nojentas convenções sociais, e admitiu que ela, Margot, havia realmente tido outros homens. Nesse momento, segundo a versão de Gallo, ele viu que havia uma faca sobre o armário e pegou-a, desferindo o primeiro golpe na mulher. Entraram em luta corporal e ele desferiu outras dez facadas na esposa, causando sua morte. Vizinhos informaram ter ouvido gritos desesperados de socorro, que perduraram por cerca de dois minutos. Em seguida, fez-se silêncio completo.

Gallo saiu de casa levando a arma do crime, que nunca mais foi encontrada. Rumou para Bragança Paulista e depois para Belo Horizonte, para a casa de um amigo, onde ficou por algum tempo.

Os filhos do casal, Maitê (12 anos) e Renê (7 anos), foram levados para um internato.

Em 17 de novembro de 1970, Gallo apresentou-se à Polícia de Campinas e foi interrogado pelo Delegado Amândio Augusto Malheiros Lopes, narrando os fatos detalhadamente. Disse que estava “arrependido, mas sem consciência de culpa”.

Cerca de quarenta testemunhas foram ouvidas no inquérito policial e no processo-crime instaurado contra Eduardo Gallo.

Um ex-aluno de Margot prestou depoimento informando que ela o assediava, dizendo amá-lo, mas ele se sentiu amedrontado e evitou relacionar-se sexualmente com ela. Provou o que disse entregando ao delegado um bilhete de amor que ela lhe havia escrito. Declarações como essa contavam a favor do marido traído. No entanto, a sociedade campineira estava dividida; havia um apoio grande à memória de Margot, que era professora benquista na cidade. Um artigo publicado no Diário do Povo, jornal de Campinas, de 29-11-1970, p. 26, assinado apenas com as iniciais “M.J.M.P.N.”, que se sabe ser de uma mulher, defendia Margot do achincalhe público de que vinha sendo alvo, tendo em vista as declarações de Gallo e das testemunhas que ele levou para serem ouvidas já no inquérito. Diz um pedaço do artigo: “Por que expor a mulher inteligente, cheia de amor pela vida, ao achincalhe de crápulas e imbecis, que os há, infelizmente, por toda a parte? Deveriam pensar, antes de acusá-la, que foi uma professora estimadíssima pelos alunos, pela sua maneira amiga,

comunicativa, alegre e compreensiva. Como amiga, sempre firme e sincera em suas idéias, compenetrada do dever de servir, que nunca se negou a prestar favores. Conquistava a amizade de quantos a conheciam. Separar todas as suas qualidades para imprimir em sua memória a marca da fraqueza humana, para a malícia de uns e outros, como se estivessem em condições morais de atirar a primeira pedra, é tão desumano, tão ignóbil que nos obrigou a sair do silêncio, que preferiríamos, para pedir que se calem todos. Que se cale também o acusador, por amor a seus filhos. Que se deixe condenar ou absolver certo de que, para os filhos, mãe é sempre mãe. Mesmo caída, mesmo vencida, para eles é a primeira mulher entre todas as mulheres”.

Houve, sem dúvida, quem depusesse a favor de Margot. Uma das testemunhas ouvidas no inquérito declarou que ela tinha comportamento discreto e era mulher “honesta”, jamais permitindo a aproximação de outros homens. Atribuiu ao marido um ciúme doentio e esclareceu que o Professor Gentilhomme havia dormido na residência de Margot porque se embebedou em uma festa que lá houve e acabou dormindo em um dos cômodos. No entanto, Margot teria ficado com os outros convidados e não com o professor. Outras testemunhas também confirmaram os ciúmes doentios de Gallo.

Alcides Celso Villaça, ex-aluno de Margot, compareceu espontaneamente à Delegacia de Polícia para dizer que, por muito tempo, havia sido amigo da professora, a quem muito admirava, e que ela nunca tivera nenhuma aproximação sexual com ele, tampouco insinuara nada a este respeito. Garantiu que Margot era fiel ao marido. Disse, ainda, que a professora lhe contara, certa vez, ter certeza de que seu marido tinha amantes. Alcides disse que as suspeitas de Margot foram posteriormente confirmadas, pois uma ex-namorada sua havia sido procurada por Gallo e insistentemente convidada para sair com ele, a fim de que tivessem um relacionamento íntimo. A moça recusou.

*O jornal Diário do Povo publicou, em 13-12-1970, um poema assinado por Isabel de Castro Silveira, intitulado **Presença de Margot**.*

*agora
todas as culpas,
agora
todas as desculpas para a tua ausência
sem minuto de silêncio
sem sinos, sem signos de dor oficializada.
à sombra de tua morte somam-se
estórias que te acertem*

*tens de ser, por ora,
 o que julgam que tu foste.
 amiga,
 trabalham no cômputo geral dos teus atos
 e pronto te devoram.
 ah esses ritos [pg. 58]
 conspiram eleger-te a ré da própria morte.
 era audácia demais o teu espírito
 à força vital de indagar
 o mundo, as coisas, o estabelecido
 ele propõe, na própria morte do teu corpo
 investigar-se as estreitas verdades dos que ficam.
 tua coragem ainda fala
 nos ouvidos aguçados das salas de aula
 adolescendo procuras.*

Pessoas da área da cultura gostavam muito de Margot. Ela havia sido fiscal de conservatórios musicais e, quando morreu, era Delegada de Cultura Regional.

A mãe de Margot constituiu o advogado Leonardo Frankenthal para acompanhar o inquérito policial e, depois, o processo-crime, como assistente de acusação.

Gallo contratou, para defendê-lo, os advogados Álvaro Cury, Valdir Troncoso Peres e Nilton Silva Júnior.

Travou-se uma discussão jurídica sobre se o procurador de justiça seria julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, como dispunha a Constituição Estadual, ou se seria julgado pelo Tribunal do Júri, que era competente para apreciar os crimes dolosos contra a vida, nos termos da Constituição Federal e do Código de Processo Penal. A Constituição Federal da época não estabelecia a competência originária do Tribunal de Justiça para os procuradores de justiça, apenas para o Procurador-Geral da República, o chefe do Ministério Público Federal. No final, com base em parecer do jurista José Frederico Marques, ficou decidido que Gallo seria julgado pelo Júri, como ele queria. O Júri Popular, por decidir de forma mais emocional do que técnica, poderia perdoar Gallo, coisa que os desembargadores do Tribunal de Justiça de São Paulo dificilmente fariam.

De fato, Gallo foi absolvido. Foi julgado em Campinas por duas vezes e, por duas vezes, os jurados “compreenderam” seu ato. Por 7 votos a 0 na primeira vez e por 4 votos a 3 na segunda vez. De nada [pg. 59] adiantou o esforço do Ministério Público para condenar o procurador. Os padrões morais da época, extremamente machistas, prevaleceram.

A acusação seguiu a linha do homicídio qualificado, indesculpável. Disse o Promotor de Justiça Alcides Amaral Salles, por ocasião de recurso da pronúncia, citando Nelson Hungria: “O marido que surpreende a mulher e o tertius em flagrante e, em desvario de cólera, elimina a vida de uma ou de outro, ou de ambos, pode invocar a violenta emoção, mas aquele que, por simples ciúme ou meras suspeitas, repete o gesto bárbaro e estúpido de Othelo terá de sofrer a pena inteira dos homicidas vulgares”.

Não foi o que aconteceu. Gallo preparou muito bem o processo e interferiu constantemente no trabalho de seus advogados, que, por sua vez, eram muito bons. Juntou pilhas de documentos, fotografias, cartas, bilhetes, matérias de imprensa. O processo alcançou onze volumes, além dos vários apensos.

O primeiro julgamento pelo Júri foi anulado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em virtude de a decisão proferida ter contrariado a prova dos autos. Gallo fora absolvido por legítima defesa da honra. Os jurados consideraram que ele agiu “moderadamente”, sem nenhum excesso em sua conduta, ao matar a esposa. Ficou livre de qualquer penalidade.

Inconformado, o Ministério Público recorreu da decisão, alegando que “a honra é bem personalíssimo e não pode ser afetada por conduta de outrem. Desonrada é a prevaricadora. É absurdo querer que o homem arque com as conseqüências de sua falta. Não há desonra para o marido na conduta da esposa e do amante que com ela convive. A honra está em cada um de nós e não em outra pessoa”. A defesa de Gallo rebateu dizendo que Margot havia tido “toda uma vida de rameira, sob a aparência de respeito e recato, estigmatizando seu comportamento, que era um escárnio à sociedade, à família, aos filhos, ao marido”.

O Tribunal de Justiça de São Paulo deu razão à acusação e anulou a absolvição de Gallo, determinando que ele fosse submetido a novo julgamento. Ainda, o Ministério Público pediu o desaforamento, isto é, queria que Gallo fosse julgado em outra comarca, por não [pg. 60] confiar na isenção dos jurados de Campinas, já por demais envolvidos na tragédia que tinha como centro um homem que fora promotor respeitado na cidade durante muitos anos. Pouco tempo depois do julgamento de Gallo um outro homem, de nome Moacyr, que havia matado a mulher a golpes de faca, fora condenado a seis anos de reclusão. O fato foi noticiado pelo jornal O Liberal, da cidade de Americana, de 24-6-1975; na reportagem,

dizia-se que Gallo fora absolvido, mas Moacyr estava condenado por ser “operário e preto”. O segundo julgamento, porém, não foi desafortado e o procurador foi novamente julgado em Campinas.

No segundo Júri, o promotor e os advogados eram os mesmos do julgamento anterior e defenderam a mesmas teses. O acusador João Batista Santana e o advogado assistente da acusação, Leonardo Frankenthal, disseram que Eduardo Gallo sabia dos casos da sua mulher e matou-a por vingança. Enquanto Santana dizia que, “ao invés de tomar as providências que a lei lhe facultava, o réu preferiu fazer justiça com as próprias mãos”, Frankenthal perguntava: ‘Será que o argumento de Maitê, altamente impressionante, vai eliminar onze facadas de surpresa?’ (Jornal da Tarde, 24-12-1975).

Maitê Proença Gallo, que, posteriormente, tornou-se atriz de rara beleza e de enorme sucesso, foi testemunha de defesa, ouvida em plenário do Júri. Sua narrativa corroborou a versão do pai e pesou muito na decisão absolutória dos jurados. Ela contou, em seu depoimento, que “viu o professor (Ives Gentilhomme) dormindo no sofá-cama utilizado pela mãe, na manhã seguinte à realização de uma festa em sua casa, em outubro de 1970”.

Maitê disse a verdade sobre o que sabia; cumpriu seu dever. Isso não significou que ela quisesse ajudar o pai por reprovar a conduta da mãe. O que se passou em sua alma adolescente somente ela sabe.

Valdir Troncoso Peres, atuando na defesa de Gallo, alegou que o marido sempre tivera dúvidas se era ou não traído pela mulher, apenas confirmando o fato no dia do crime. O outro defensor do réu, Nilton Silva Júnior, afirmou que Margot despertava sadicamente o ciúme do marido, alternando amor com traição.

No final, Gallo foi **definitivamente absolvido por legítima defesa da honra**, o que provocou reações de indignação de grupos feministas. No entanto, depois de julgado por duas vezes, não mais caberia recurso pelo mérito, isto é, por ter a decisão dos jurados contrariado manifestamente a prova dos autos.

A absolvição transitou em julgado. Estando quite com a Justiça, Gallo recomeçou sua vida e casou-se novamente.

Em julho de 1989, dezenove anos após o crime, o então procurador de justiça aposentado, acometido de câncer generalizado e em estado terminal, matou-se com dois tiros no coração. Ele já havia tentado suicídio antes, mas a família conseguira evitar a consumação do ato. Desta vez, Gallo agiu rapidamente.

Enganando os parentes e dizendo que teria de descer à portaria do prédio em que morava, no Condomínio Bosque de Notredame, em Sousas, na cidade da Campinas, ele conseguiu se libertar da vigilância da esposa Sônia e demais familiares e foi conversar com o porteiro. Valendo-se da autoridade que sempre exerceu no condomínio, em razão do cargo de procurador de justiça e do fato de ter sido síndico, o que lhe dera ascendência sobre o porteiro José do Livramento Sousa, Gallo conseguiu convencer o funcionário a entregar-lhe um revólver que sabia estar guardado no local. Não tendo outra saída, José Sousa entregou a arma, como determinado, mas tirou-lhe a munição. O procurador, porém, atracando-se com ele, tomou quatro balas de suas mãos, colocou-as na arma e disparou dois tiros contra si mesmo, imediatamente. Morreu na hora. Foi cremado em 20 de julho de 1989, em cerimônia simples, à qual compareceram cerca de 50 pessoas, incluindo sua filha, Maitê Proença⁶⁹.

7.3.2 Legítima defesa da honra

Antes de iniciarmos um estudo sobre a legítima defesa da honra convém fazemos alguns comentários sobre o caso do Procurador Eduardo Gallo.

O que chama a atenção no caso acima relatado é que a mulher não foi surpreendida em adultério. Segundo versão de Eduardo Gallo, foi a confissão de Margot, de que já havia tido outros homens que o deixou fora de si. Então, mesmo não havendo flagrante, a tese da legítima defesa foi acolhida em sua plenitude.

Outro fato, por demais curioso é o Júri ter entendido que Eduardo Gallo agiu com ‘moderação’ na defesa de sua honra e que, portanto, não houve nenhum excesso no exercício da legítima defesa, afinal de contas foram onze facadas. Isso ocorreu, provavelmente, em virtude dos jurados terem decidido de forma mais emocional do que técnica, pois em regra os jurados são leigos.

No primeiro julgamento a defesa venceu por sete votos a zero (7x0). O Ministério Público entendendo que a decisão era manifestamente contrária às provas produzidas nos autos, entrou com recurso junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo, sob a alegação de que “a honra é um bem personalíssimo e não pode ser afeta por conduta de outrem. Desonrada é a prevaricadora. É absurdo querer que o homem arque com as conseqüências de sua falta. Não a desonra para o marido na conduta da esposa e do amante que com ela convive. A honra está

⁶⁹ ELUF, Luiza Nagib. Op. cit. p. 53-62

em cada de um nós e não em outras pessoas”. A defesa retrucou e disse que “Margot havia tido uma vida inteira de rameira, sob a aparência de respeito e recato, estigmatizando seu comportamento, que era um escárnio à sociedade, à família, aos filhos, ao marido”.

O Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento ao recuso do Ministério Público e determinou que Eduardo Gallo fosse submetido a novo julgamento. Como já era de se esperar, por causa dos padrões morais da época, pois a sociedade era extremamente patriarcal e as mulheres tinham pouca força social, um Júri composto apenas por homens mais uma vez inocentou Gallo. No entanto, agora, o resultado fora um pouco apertado (4x3).

Diante dos fatos apontados acima, surge o seguinte questionamento: o homem ou a mulher que surpreende o companheiro em adultério pode matar em nome de sua honra? Para responder esta pergunta, vamos recorrer à doutrina e a jurisprudência.

Segundo Magalhães Noronha, não existe legítima defesa no caso, pois assevera que:

A honra é atributo pessoal, próprio e individual. Por que se dizer desonrado o marido que, ao se saber iludido, divorcia-se ou desquita-se? Se ele se porta com dignidade e correção no convívio social por que será desonrado? E sobretudo por que colocar sua honra na conduta abjeta de outra pessoa e, principalmente, numa parte não adequada de seu corpo? Desonrada é a prevaricadora. É absurdo querer que o homem arque com as consequências de sua falta. (...). Não existe legítima defesa no caso; o que há é, na frase brutal, mas verdadeira de Leon Rabinovitz, *orgulho de macho ofendido*. Aliás, em regra, esses pseudodefendentes da honra não passam de meros *matadores* de mulheres: maus esposos e péssimos pais. A opinião generalizada é de não existir legítima defesa da honra no caso⁷⁰.

Wanderley Jorge também não apóia a tese da legítima defesa da honra, pois na visão dele:

A honra, inegavelmente, é direito suscetível de defesa própria mediante repulsa adequada. Todavia, em caso de adultério, a lei não concede poderes ao cônjuge traído que lhe permitam matar. A chamada legítima defesa da honra, que se invoca em benefício dos maridos que delinqüem, ao surpreender a esposa em flagrante adultério, é figura que destoa gritantemente dos princípios fundamentais do nosso direito positivo. Nem cabe invocar em favor desses infratores, a doutrina da inexigibilidade de outra conduta (diversa), que, na própria Alemanha, hoje, se atribui valor meramente histórico. Menos ainda se admitem o apelo às causas supralegais de justificação dos germânicos, em que é fundamental a existência de sacrifício de um valor menor, em prol de um bem jurídico mais alto. Pois na pretensa legítima defesa da honra o que ocorre é o sacrifício do bem supremo - vida - em face de meros preconceitos vigentes em algumas camadas sociais. Afinal é patente que, no adultério, perpetrado pela mulher, esta é que se desonra, não o marido. Ademais, a honra é atributo personalíssimo, não podendo ser maculada pela conduta desonrosa de outrem, revelando-se ser inadmissível no estado atual da civilização e no nosso ordenamento jurídico-penal, o homicídio pela infidelidade do cônjuge⁷¹.

⁷⁰ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 32. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 199.

⁷¹ JORGE, Willian Wanderley. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 7. ed. São Paulo: Forense, 2005, p. 260.

Hodiernamente, segundo os nossos atuais padrões sociais, onde a mulher goza de grande prestígio e representatividade, a legítima defesa da honra, muito utilizada nos chamados crimes passionais ou de traição, por evolução cultural e social, deixou de ser considerada tese louvável, principalmente no plenário do Júri.

Não se admite mais, até por força da desproporcionalidade, a prevalência da honra em relação à vida, sendo de melhor técnica a tese do homicídio privilegiado (artigo 121, § 1º do Código Penal Pátrio) ou até mesmo a inexigibilidade de conduta diversa, excludente da culpabilidade.

Nesse sentido existem inúmeros acórdãos do STJ, em um deles foi decidido que:

RECURSO ESPECIAL. TRIBUNAL DO JURI. DUPLO HOMICÍDIO PRATICADO PELO MARIDO QUE SURPREENDE SUA ESPOSA EM FLAGRANTE ADULTÉRIO. HIPOTESE EM QUE NÃO SE CONFIGURA LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA. DECISÃO QUE SE ANULA POR MANIFESTA CONTRARIEDADE A PROVA DOS AUTOS (ART. 593, PARÁGRAFO 3º, DO CPP). Não ha ofensa à honra do marido pelo adultério da esposa, desde que não existe essa honra conjugal. Ela é pessoal, própria de cada um dos cônjuges. O marido, que mata sua mulher para conservar um falso crédito, na verdade, age em momento de transtorno mental transitório, de acordo com a lição de Himenez de Asua (el criminalista, ed. zavalía, B. Aires, 1960, T.IV, p.34), desde que não se comprove ato de deliberada vingança. O adultério não coloca o marido ofendido em estado de legítima defesa, pela sua incompatibilidade com os requisitos do art. 25, do Código Penal. A prova dos autos conduz a autoria e a materialidade do duplo homicídio (mulher e amante), não a pretendida legitimidade da ação delituosa do marido. A lei civil aponta os caminhos da separação e do divórcio. Nada justifica matar a mulher que, ao adúlterar, não preservou a sua própria honra. Nesta fase do processo, não se ha de falar em ofensa a soberania do Júri, desde que os seus veredictos só se tornam invioláveis, quando não ha mais possibilidade de apelação. Não e o caso dos autos, submetidos, ainda, a regra do artigo 593, parágrafo 3º, do CPP. Recurso provido para cassar a decisão do Júri e o acórdão recorrido, para sujeitar o réu a novo julgamento⁷².

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais segue o mesmo entendimento:

HOMICÍDIO QUALIFICADO - MOTIVO FÚTIL E SURPRESA - JÚRI - EXCESSO CULPOSO NA LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA - DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - RECURSO MINISTERIAL PROVIDO PARA QUE O RÉU SEJA SUBMETIDO A NOVO JULGAMENTO. Não está protegido pela excludente da legítima defesa da honra o marido que, escudado em eventual infidelidade da esposa, desfere na mesma seguidos golpes de faca, agindo de inopino. Em tais condições, é contrária à prova dos autos a decisão que acolhe o excesso culposo na legítima defesa da honra, devendo o acusado ser submetido a novo julgamento popular. - Recurso conhecido e provido⁷³.

⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. RESP nº 1517. Relator: Min. José Cândido de Carvalho Filho, Julgamento em 11.04.1991. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/>>. Acesso em: 11 NOV 2008.

⁷³ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Acórdão. Apelação Criminal Nº 1.0049.04.006162-1/002. Relator. Des. Gudesteu Biber, Julgamento em 08.08.2006. disponível em: < <http://www.tjmg.gov.br>> Acesso em 11.11.2008

A verdade é que nossos tribunais, não tem mais tolerado a tese de legítima defesa da honra e, na maioria das vezes, a pedido do Ministério Público classifica o homicídio como qualificado, conforme a jurisprudência doravante citada:

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO (PELO MOTIVO FÚTIL, PELA ASFIXIA E PELO USO DE RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA). RECURSO DEFENSIVO POSTULANDO A ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA DO ACUSADO OU, SUBSIDIARIAMENTE, A DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA A FORMA PRIVILEGIADA E A REVOGAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Provada a materialidade do delito, havendo suficientes indícios da autoria e das qualificadoras - diante da própria palavra do réu - e inexistindo, estreme de dúvida, prova de ter o acusado agido em legítima defesa da sua honra ou sob violenta emoção, logo após injusta provocação da vítima, é de ser mantida a pronúncia, tal como posta pelo juízo a quo, a fim de que o réu seja julgado pelo júri, juiz natural da causa. 2. Estando bem fundamentada a decisão proferida pelo primeiro grau de jurisdição e encontrando-se presentes os pressupostos legais para a decretação da prisão cautelar do acusado, sobretudo por conveniência da instrução criminal eis que o procedimento no Júri é bifásico, devendo ser preservada a verdade dos testemunhos que poderão ser colhidos em plenário -, impossível se mostra o acolhimento do pleito de revogação da segregação provisória. 3. Recurso desprovido⁷⁴.

Pois bem, diante dos esclarecimentos supracitados podemos concluir que realmente, o passional não poderá pautar a sua conduta na legítima defesa da honra. Pois é evidente que a tese da legítima defesa da honra, nos crimes passionais, não se compatibiliza com os requisitos do exercício da legítima defesa, por todos os motivos acima apontados. E, além disso, *verbi gratia*, coloca a mulher num patamar de inferioridade em relação ao homem, pois a mesma recebe um tratamento de objeto sexual, numa total afronta ao princípio da isonomia previsto na constituição.

Ademais a honra que os passionais alegam defender diz respeito à sexualidade do outro, como se isso integrasse o seu patrimônio moral e, por conseguinte a sua respeitabilidade. Mas como, já foi dito, a honra é atributo personalíssimo, não podendo ser maculada pela conduta desonrosa de outrem. Sérgio Nogueira afirma que:

É evidente que a honra do homem não depende do comportamento da mulher, não pode estar situada dentro da vagina na da companheira, ao invés de defesa da honra, o que existe, geralmente é no dizer de Nelson Hungria, a manifestação de um desequilíbrio psíquico ou um chocante espetáculo de perversidade⁷⁵.

⁷⁴ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso em sentido estrito nº 2007.051.00472. Rel. Des. José Augusto de Araújo Neto. Julgado em 02.09.2008. Disponível em <<http://www.tj-rj.gov.br>>

⁷⁵ RIBEIRO, Sergio Nogueira. **Crimes Passionais e outros temas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Itambé, 1975, p. 23-24.

Dessa forma, em se tratando de homicídio passional ‘legítimo’, a pessoa que destrói a vida de seu companheiro deverá, via de regra, ter a sua conduta tipificada no homicídio privilegiado. Mas se incidir em uma das qualificadoras receberá tratamento de homicídio qualificado.

8 CONCLUSÃO

Demonstramos ao longo desta monografia a importância e a necessidade imperiosa do instituto da legítima defesa para o nosso ordenamento jurídico, principalmente, em virtude do Estado, detentor do *ius puniendi*, não poder se fazer presente em todos os momentos. Havendo, portanto, sempre um lapso temporal em que o indivíduo se encontra a mercê da própria sorte, ainda mais, atualmente, com aumento assustador da violência e da criminalidade em todo país. E, nesse contexto, a legítima defesa funciona como uma espécie de prolongamento do direito subjetivo de punir do Estado que é transferido excepcionalmente ao particular.

Também destacamos que a autorização que o particular recebe do Estado, para tutelar seus direitos frente a um ataque injusto, encontra limites na própria lei, devendo a sua conduta se ajustar perfeitamente aos requisitos legais da legítima defesa, que estão elencados no art. 25 do Código Penal. Havendo, inclusive, previsão legal de responder pelo excesso culposo ou doloso de sua conduta. E mais, ficou bem claro que a legítima defesa não é um instrumento de vingança, nem tampouco, do exercício arbitrário das próprias razões. Sendo certo que, não é qualquer conduta que estará sob o manto protetor da excludente.

O legislador ao inserir a eximente em nosso ordenamento jurídico, fez apenas ratificar um direito natural, pois a legítima defesa é anterior ao próprio direito positivo, trata-se de uma reação instintiva, da luta pela sobrevivência ou da manutenção de seus bens, onde a própria

Bíblia Sagrada faz menção a existência da legítima defesa. De modo que, hoje, é inconcebível imaginarmos um ordenamento jurídico que não tenha previsto em seu corpo de leis a discriminante em tela.

Quanto à possibilidade da tese da legítima defesa da honra nos chamados homicídios passionais, podemos concluir que se trata de uma tese inconstitucional, por ferir o princípio da igualdade de direitos entre homens e mulheres previsto no art. 5º, I, da Constituição Federal. Pois tanto o homem quanto a mulher não podem ser considerados meros objetos sexuais, de forma que a conduta desonrosa de um, possa macular a honra do outro. Aliás, a honra de um não está no outro. A honra é personalíssima. Se o homem ou a mulher se porta de forma indigna, isso, não desabona em nada a honra do outro.

Outro aspecto que não permite a utilização dessa tese é o fato dela não ter previsão legal. Haja vista, sua total incompatibilidade com a legítima defesa prevista no art. 25, do Código Penal, pois como a sua honra objetiva não está sendo violada, não pode dizer que está agindo em defesa desse direito. Ademais, não se pode conceber que em nome de meros preconceitos morais e sociais, ponha-se fim a um bem supremo que é a vida, pois fica latente a desproporcionalidade entre ambos.

O fato é que o nosso atual Estatuto Criminal eliminou a excludente de ilicitude referente à ‘perturbação dos sentidos e da inteligência’ prevista no código anterior, que inocentava inúmeros passionais. E, ainda, asseverou, expressamente, em seu art. 28, que a ‘emoção e a paixão’ não excluem a imputabilidade penal, constituindo apenas, circunstâncias atenuantes.

Logo, o homicídio passional passou a ser enquadrado no art. 121, § 1º, do Código Penal, ou seja, nos chamados homicídios privilegiados, que ocorre quando o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima.

Diante disso, hoje a melhor técnica a ser utilizada pelo advogado de defesa no plenário do Júri é a tese do homicídio privilegiado ou então alegar inexigibilidade de conduta diversa, que é uma excludente da culpabilidade. E caso obtenha êxito, pode considerar que seu trabalho foi realizado com relativo sucesso. Pois na maioria das vezes, os homicidas passionais são condenados por homicídio qualificado.

Por fim, podemos dizer que o verdadeiro amor não mata. Quem ama de verdade perdoa. E, sinceramente, abre caminho e sai de cena para que a pessoa que sempre amou e respeitou, seja feliz, mesmo que longe.

REFERÊNCIAS

ALVES, Roque de Brito. **Direito Penal**. Recife: ed. do autor, 2008.

BARROS, Francisco Dirceu. **Código Penal**: Parte Geral – Niterói, RJ: Impetus, 2006.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1984. t. 2.

BUENO, Silveira. **Minidicionário da Língua Portuguesa**. ed. rev. e atual. São Paulo: FTD, 2000.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CUPIS, Adriano. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 6. ed. atual e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 20. ed. São Paulo : Saraiva, 2003.

ELUF, Luiza Nagib. **A Paixão no Banco dos Réus**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário da Língua Portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

FIORETI, Julio. **Legítima Defesa**: Estudos de Criminologia. Belo Horizonte: Líder, 2008.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: Parte Geral. 16. ed. São Paulo: Forense. 2004.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, v. 1.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

JORGE, Willian Wanderley. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 7. ed. São Paulo: Forense, 2005.

LINHARES, Marcello Jardim. **Legítima Defesa**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**. T. VII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, V2.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 32. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, V1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral. São Paulo: RT, 2005.

RABINOCWICZ, Leon. **O Crime Passional**. São Paulo: AEA Edições Jurídicas, 2000.

RIBEIRO, Sergio Nogueira. **Crimes Passionais e outros temas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Itambé, 1975.

TELES, Moura Ney. **Direito Penal**: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Ilicitude Penal e Causas de sua Exclusão**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

VENZON, Atayr. **Excessos na Legítima Defesa**. 1. ed. Porto Alegre: Fabris, 1989.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Derecho Penal**. Parte General. Ed. Ediar, 2000.